بسم الله الرحمن الرحيم

بحث
فى
القاعدة في الفقه الإسلامي والقانون
دراسة مقارنة
الاردن

مقدمة

الحمد لله وكفى، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه وسار على نهجه واقتفى.

وبعد،

فيعتبر علم القواعد الفقهية من أعظم العلوم أهميةً وأثرا في العلم، من حصر للمسائل وضبط لها، وفي العمل من تسهيل المعامِلات وتيسيرها ومرونتها مع كل عصر من العصور، ومن فوائد أخرى كحاجة الفقيه إليها ليُنمي الملكة الفقهية، وللمفتي بتسهيل ضبطه للمسائل وأحكامها، ومواكبة المسائل المستجدة وغيرها الكثير، لذلك فإني أخصص هذه الدراسة لتوضيح إحدى هذه القواعد وربطها بالقانون والواقع من مستجدات العصر، والتي هي " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة.

وقد حاولت في هذا البحث وبذلت جهدي لأن أخرجه بحثا مفيدا، فلله الحمد والفضل، ومع ذلك لا أدَّعي الاستيعاب والاستقصاء، وأعترف بتقصيري، ولا آمن الزلل، وأرجو من أصحاب العلم أن يسامحوا إن رأو ذلك، فإنّ من دَيدن الكريم أن يعفو عن السهو، ورجائي لكل مَن طالعه أن يدعُو لي ولوالدي ولأساتذتي الكرام.

أهمية الموضوع ومسوغات الدراسة فيه:-

عدم وجود دراسة سابقة تربط القاعدة بالقانون والتطبيقات المعاصرة.

بيان ديمومة المصادر التشريعية، بإسناد المستجَدِ لها بما تفرع عنها وهي القواعد الفقهية.

الوقوف عند الاعتراضات على صياغة القاعدة، ووضع الاقتراحات المناسبة لتعديلها، بما يتناسب مع مقصودها، ومع المستجدات التي يُظنُّ غالبا اندراجها تحت هذه القاعدة.

توضيح مكانة القاعدة أي الإرادة المأخوذ بها في هذه القاعدة، عند علماء الشريعة والقانون.

الدراسات السابقة

من خلال اطلّاع الباحثة على كتب القواعد والقانون، والدورياتٍ والرسائل الجامعية والإنترنت، وجدت الإهتمام الكبير بعلم القواعد الفقهية، لكن لم تجد -حسب اطلاعها- من أفرد هذه القاعدة بالبحث والتوضيح ومقارنتها بالقانون، وإظهار مكانتها في كليهما ببيان الإرادة المعتمدَة فيها، فكل كتب القواعد تناولتها بشرح مبسط ومن هذه الكتب:

تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، للصادق الغرياني، حيث شرح القاعدة وأمثلتها من كتاب إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك.

الأشباه والنظائر لكل من السبكي والسيوطي وابن نجيم.

واستفادت الباحثة الكثير الكثير من الرسائل الجامعية، منها، تفسير العقد في القانون المدني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، علاء الدين محمد علي مقابلة، وتفسير ألفاظ المكلفين في العقود والتصرفات الإنفرادية، لمحمد محمود الطلافحة.

ومن عموميات الحديث عن العقود والتصرفات الإنفرادية والتي ساعدت في هذا البناء:-

التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، للدكتور. محمد وحيد الدين سوار، حيث كان عنوان أطروحته في الدكتوراه.

مبدأ الرضا في العقود، للدكتور. علي القرة داغي، حيث كان عنوان أطروحته في الدكتوراه أيضا.

التراضي في عقود المبادلات المالية، للدكتور. نشأت الدريني، وكان هذا أيضا عنوان أطروحته في الدكتوراه.

إلا أن هذه الدراسات وغيرها كما سبق لم تفرد القاعدة بالدراسة، وتناولتها بشكل مبسط، وضمن إحدى مواضيع الكتاب.

مشكلة الدراسة وأسئلتها:

ما المقصود بهذه القاعدة؟؟

ما هي الإرادة التي أخذ بها الفقه الإسلامي بناءً على هذه القاعدة؟؟

ما هي تطبيقات القاعدة في الفقه الإسلامي والقانون؟؟

حدود المشكلة

لا يكتفي هذا البحث بدراسة هذه القاعدة دراسة تقليدية ببيان معناها وتطبيقاتها، وإنما يدرس الأمور المتعلقة بها من نقد على الصيغة، ومن بيان الإرادة التي تعتمد عليها القاعدة بشكل خاص، والذي يعتمد عليها الفقه الإسلامي بشكل عام في المعاملات، ولم يكن ضمن هذا البحث التطبيقات المتعلقة بالأحوال الشخصية، حيث تم استثناؤها، بمقارنتها بالقانون المدني الأردني عمليا، وغلبت على تطبيقاتها طابع المعاملات، لإيحاء صيغتها بذلك، وأما العبادات فقد شملتها القاعدة الأم (الأمور بمقاصدها) وهناك مناط بحثها، وكل التطبيقات كانت على سبيل التمثيل لا الحصر.

الفرضيات

يقوم هذا البحث على فرضية محددة بذاتها وهي: العبرة في العقود عند الاختلاف بين اللفظ والقصد إنما هي للقصد المثبت بقرينة دالة عليه، وأنَّ الفقهَ الإسلاميَّ ليس مقتصراً على إحدى الإرادات في تطبيقاته الواسعة.

والبحث يسعى إلى إثبات هذه الفرضية أو بيان خطئِها.

منهج البحث

اعتمدت الباحثة في هذا البحث على منهجين وهي:-

- المنهج الإستقرائي: حيث قامت الباحثة باستقراء القواعد الفقهية الواردة في الفقه الإسلامي و في القانون المدني الأردني المتعلقة في هذه القاعدة.
- المنهج التحليلي المقارن: حيث قامت الباحثة بتحليل هذه القاعدة الفقهية وبيان تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي ومقارنتها مع القانون المدني الأردني.

الفصل التمهيدي – مفهوم القاعدة الفقهية ومرادفاتها

يدرك الباحث من خلال نظره في كتب القواعد، مدى اختلاف وجهات النظر في ضبط مصطلح القواعد عامة والقواعد الفقهية خاصة، وبما أنَّ حشدَ هذه الخلافات أجمع لا يقدم الإثراء الكبير لهذا البحث رأت الباحثة أن تقتصر على مختصر مفيد كتمهيد بسيط لهذا البحث، فالبعض عرَّف القواعِد الفقهيَّة باعتبارها مُرَكَّبا إضافيا فعرف القواعد ثم عرف الفقهيَّة، ومنهم من عرفها باعتبارها عَلَما لقبا على هذا الفن، و هو موضوع هذا الفصل.

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث كالآتي:

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية.

المبحث الثاني: العلاقة بين القاعدة الفقهية والأصولية.

المبحث الثالث: العلاقة بين القاعدة والضابط.

المبحثُ الأول – تعريف القاعدة الفقهية

أولا:- القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا إضافيا

وهنا نرى أن أغلب الفقهاء والأصوليين القدامى كانوا من مُعرِّفين القاعدة الفقهية باعتبارها مُركَّبا إضافيا كالآتي:

القاعدة لغة : وجذرها قعّد، وله المعاني الكثيرة، أولا: أصل الأسّ، والقواعد: الأساس[1]، ومنه قول الله –جل وعلى-: { وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ} [سورة البقرة: آية ١٢٧]، وثانيا: يأتي بمعنى الحبس، تقاعَدني عنك شغل: أي حبَسني، وثالثا: يأتي بمعنى المكان والمآل والمستقر فالمقاعد مواضع القعود والاستقرار[2].

القاعدة اصطلاحا: وتعريفها على مذهبين:

المذهب الأول : يميل إلى جعلها كلية، أي يحكم فيها على كل فرد[3]، ومن هذه التعريفات: قولهم أنها "قضية كلية منطبقة على جميع جزيئاتها"[4]، ومنها أنها" الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها"[5]، والأمر الكلي هنا أشمل من القضية والحكم، فالحكم ذُكرَ وأريدَ به الكل أي القضية، والأمر يشمل القضية وغيرها، ومنها ما جاء في شرح التوضيح فعرّفها على أنها: "حكم كلي منطبق على جزيئاته ليُتعرف أحكامُه منه" وذلك بعد تعريفه لعلم أصول الفقه[6]، والقول بالحكم بقصد القضية من باب ذكر الشيء بأحد أركانه أو أهمها كقول الرسول –صلى الله عليه وسلم-: الحجُّ عرفة؛ لذا فإن القولَ بالقصور على من أطلق الحكم على قصد القضية فيه خطأ وتجاوز[7] ووصفها بالكلية لا يَضرُ تخلفَ بعض الجزئيات عن القاعدة، والمستثنيات بمنزلة النوادر، وقد تندرج تحت قاعدة أخرى، والمستثنيات من هذه القاعدة لا ينقضها [8] ولا يضرها أو يؤثر بها كما صرحت مجلة الأحكام في المادة الأولى[9]، وأيد هذا ما جاء في الموافقات؛ أن الأمر الكلي لا يخرجه عن كونه كليا تخلف بعض جزئياته[10].

ب- المذهب الثاني: يميل لجعلها أغلبية؛ وذلك لوجود مستثنيات لكل قاعدة، فالقول بالأغلبية أدق من القول بالكلية لديهم، كما جاء في الموافقات أيضا اعتبار الشريعة للغالب الأكثري كالعامِّ القطعي، لأن المتخلفات الجزئية لا تنتظم بطريقة تعارض فيها هذا الكل المتَخلَف عنه[11].

---

[1] جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم، ابن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، **لسان العرب**، دار الكتب العلمية بيروت،ط١: ٢٠٠٣م، المجلد الثالث، ص٤٤٣، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقاييس اللغة**، دار الفكر، بيروت، تحقيق عبد السلام هارون، ط١، ١٩٨٧م، ج٥، ص١٠٩.

[2] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح**، مكتبة لبنان، بيروت، ط١٩٩٥م، تحقيق محمود خاطر، ج١، ص ٢٢٧، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، **معجم القاموس المحيط**، طبعة دار الرسالة بدون نشر، ج١، ص٣٩٨.

[3] ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، دار الفكر بيروت، ط١٤١٧هـ، ج١: ص٣٥، أبي عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري، **القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين للعلامة ابن قيم الجوزية**، دار ابن عفان السعودية، ط١، ١٤٢١هـ، ص١٦٣-١٦٢ .

[4] حسن العطار، **حاشية العطار على جمع الجوامع**، دار الكتب العلمية، بيروت،ط١، ١٤٢٠هـ، ج١، ص٣١-٣٢.علي بن محمد بن علي الجرجاني، **التعريفات**، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٤٠٥، ص٢١٩، سائد بصمه جي، **معجم مصطلحات ألفاظ الفقه الاسلامي**، صفحات للنشر، سوريا، ط١، ٢٠٠٩، ص٤٥٠.

[5] تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، **الأشباه والنظائر**، تحقيق عادل عبد الموجود والشيخ علي عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١:، ١٩٩١م، ج١، ص١١.

[6] سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، **شرح التلويح على التوضيح**، دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٤١٦هـ،ج١، ص٣٥.

[7] يحيى موسى بني عبد الله، **القواعد الفقهية في اجتماع الحلال والحرام**، رسالة دكتوراه، اشراف محمد حسن أبو يحيى، الجامعة الأردنية ٢٠٠٤، ص٢٠.

[8] الجزائري، **القواعد الفقهية**، ص١٦٢.

[9] سليم رستم باز، **شرح المجلة**، دار العلم للجميع، بيروت، ط٣، ١٩٩٨م، ص١٤.

[10] ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي المالكي، **الموافقات في أصول الفقه، دارالمعرفة**، بيروت، بدون طبعة، ج٢، ص٥٣.

[11] الشاطبي المالكي، **الموافقات**، ج٢، ص٥٣.

ومن هذه التعاريف قولهم:"هي حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه"[1]، على أن المعاصرين حاولوا الجمع بينهما؛ فمنهم من عرفها تعريفين، تارة بقضية كلية، وتارة بحكم أكثري[2]، ومنهم من جمعها بتعريف واحد ابتدأه بحكم كلي ثم بيّن أنها قد تنطبق على كل أو على أغلبية فقال اسماعيل علوان: هي "حكم كلي مصوغ في ألفاظ موجزة، ينطبق على جميع جزئياته أو أغلبها في أبواب متعددة لتُعرَف أحكامها منه"[3]

وقد يكون تعريف اسماعيل علوان جامع بين التعاريف لكون بعض القواعد لها مستثنيات وأُخرى لا، كالقواعد الكلية، وذكره للكلية هنا بقصد النسبية لا الشمول[4]، ومانع من دخول الضابط حيث كان ذلك نقدا للتعاريف السابقة بكونها لم تفرق بين القاعدة والضابط ولكن الأرجح القول بالأغلبية لضعف التعليل عند القائلين بالكلية، ولأن الكلية تفيد الجميع على الأغلب أي كل الفروع، ومعلوم وجود المستثنيات ينفي الجميع، ويبقي الأغلب، والجمع بينهما قد يشعر بشيء من التناقض عند قولهم: هي حكم كلي، لكنه قد يكون للجميع أو للأغلب؟!

الفقهية: نسبة للفقه و الفقه لغة: العلم بالشيء، والفهم له، والفطنة، وغلب على علم الدين لشرفه، وفاقَهَهُ: باحثه في العلم.[5] ومن القرآن الكريم قوله- جل في علاه-: {فَمَالِ هَؤُلاء الْقَوْمِ لاَ يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثاً} [سورة النساء: آية ٧٨].

الفقه اصطلاحا: " العلم بالأحكام الشرعية الفرعية المكتسبة من أدلتها التفصيلية".[6]

ثانيا:- تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها عَلَما ولَقبا

لم تجد الباحثة –حسب اطلاعها- من الفقهاء والأصوليين القدامى من عرف القاعدة الفقهية باعتبارها عَلَما ولقبا إلا تقي الدين الحصني، لكن أغلب المعاصرين عرفوها على أنها علما لقبا كما يلي:

القاعدة الفقهية: "هي حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها".[7]

وهي: "حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة".[8]

فهذان التعريفان تميزا عن تعريف القاعدة بشكل عام بإضافتها للشرع أو للفقه، فهما أنسب تعريفين، فقد عرفها آخرون بتعريف القاعدة وقد اعترض عليهم العلامة تقي الدين الحصني[9]، فقال: ليس فيهما فيهما ما يُظهر علاقتها بالفقه، وهما غير مانعين من دخول الضابط فيهما، واختار بعد ذلك تعريفا بعيدا عن النقدين فقال: هي"حكم كلي فقهي ينطبق على جزئيات كثيرة من أكثر من باب"، وأي من هذه التعريفات الثلاث يصلح لها، لكونها جامعة لخصائص القواعد الفقهية مانعة من دخول غيرها إلا أن آخرها يختلف مع ما رجحناه في تعريف القاعدة في كونها حكم أغلبي، فالأوّلان أنسب منه.

---

[1] أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي، **غمز عيون البصائر**، دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٤٠٥، ج١، ص٥١.

[2] علي أحمد الندوي، **القواعد الفقهية**، رسالة جامعية بجامعة أم القرى لعام١٩٥٨، اشراف مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط٣، ١٩٩٣م، ص٤٣.

[3] اسماعيل بن حسن بن محمد بن علوان، **القواعد الفقهية الخمس الكبرى**، دار ابن الجوزي السعودية ،ط١، ٢٠٠٠م، ص٢٤.

[4] عطية عدلان رمضان، **موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية**، رسالة ماجستير، إشراف الدكتور سعيد أبو الفتوح البسيوني، جامعة عين شمس، دار الإيمان، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٧، ص١٩.

[5] الفيروز آبادي، **معجم القاموس المحيط**، ،ص١٠٠٧، الرازي، **مختار الصحاح**، ج١، ص٢١٣.

[6] عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي أبو محمد، **التمهيد**، مكتبة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٠٠هـ، ج١، ص٥٠، علي بن عبدالكافي السبكي، **الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ، ج١، ص٢٨. سائد بصمه جي، **معجم مصطلحات ألفاظ الفقه الاسلامي**، ص٤٤٦.

[7] مقالة، قاعدة فقهية، **ويكيبيديا**، الموسوعة الحرة، الموقع التالي، http://ar.wikipedia.org/wiki/، ذكر الدكتور المناقش عبد الرحمن الرحمن الكيلاني أن هذا التعريف لعلي الندوي وعليه الكثير من الاعتراضات.

[8] عماد علي جمعة، **القواعد الفقهية الميسرة**، دار النفائس، الأردن، ط١، ٢٠٠٦م، ص٩.

[9] أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن تقي الدين الحصني، **كتاب القواعد**، مكتبة الرشيد الرياض، ط١، ١٩٩٧، ص٢٣.

ثالثاً- العلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي:

فكل معنى من معانيها اللغوية تعبر ولو بجزئية عن معناها الاصطلاحي، فالمعنى اللغوي: الأساس، يرتبط بها من حيث كونها الأساس الذي يبنى عليه الفروع والأحكام الكثيرة، ومعناها اللغوي: الحبس والاحتواء والمنع، يرتبط بها من حيث كونها تحتوي على كثير من الفروع الفقهية وتمنع غيرها من الاختلاط بها وتضبطها، وبمعناها المآل والمستقر والمكان والذي يفهم منه ثمرة العمل ونتيجته، فالقاعدة الفقهية هي الثمرة والنتيجة التي لا يُتوصل إليها إلا بمجهود علمي كبير واستقرار فقهي أكبر[1].

المبحث الثاني – العلاقة بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

تقدم تعريف القاعدة الفقهية، ولا بد من توضيح معنى القاعدة الأصولية لإظهار الروابط بينهما.

فالقاعدة الأصولية: هي" حكم كلي تنبني عليه الفروع الفقهية، مصوغ صياغة عامة ومجردة ومحكمة"[2].

وهي" القضايا الكلية التي يتوصل الفقيه بواسطتها، لاستنباط الحكم الشرعي من الأدلة التفصيلية"[3].

فهي بمثابة قانون لاستنباط الأحكام الجزئية لفعل المكلف من أدلتها الكلية، ولم تجد الباحثة من عرفها بقضية أغلبية ولعل السبب ندرة استثناءاتها.

الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الاصولية:

يجمع بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية جامع واحد وهو أن كل منهما قضايا كلية أو أغلبية يندرج تحتها مسائل جزئية، بينما تفترقان بالكثير، ومن هذه الفروق:

القاعدة الفقهية: دورها تنظيم الأحكام الشرعية الكثيرة ومن أبواب متفرقة لعلة مشتركة بينها، مثل: قاعدة (الضرر يزال) يندرج تحتها الرد بالعيب وكذلك جميع الخيارات

أما القاعدة الأصولية: فإنها تُكوِّن أحكاما مستنبطة من الأدلة الشرعية[4]، فالأولى منَظّمة والثانية مكوِّنة للأحكام.

- **القاعدة الأصولية: كلية مطردة تكاد لا يكون لإحداها مستثنى، فتتصف بالعموم والشمول.**
  القاعدة الفقهية: تكثر استثناءاتها، فهي أغلبية أكثرية، غير عامة ولا شاملة لجميع فروعها[5].
- **القاعدة الأصولية: مستمدة من علم الأصول،**
  والقاعدة الفقهية: من الفقه والفقه فرع لأصوله، فالقاعدة الفقهية فرع للقاعدة الأصولية.[6]
- **القاعدة الفقهية: متأخرة في الوجود؛ فهي تجمع جزئياتها ومعانيها فهي متأخرة عنها.**
  القاعدة الأصولية: متقدمة على الجزئيات، فبها يستنبط الفقيه تلك الجزئيات[7].
- **القاعدة الأصولية: متعلقة بالأدلة الشرعية مثل:(الأمر يفيد الوجوب) متعلقة بكل دليل فيه أمر.**

---

[1] أحمد محمد الحاج خليل، **القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير، إشراف الد. عبد المجيد الصلاحين، الجامعة الأردنية لعام ٢٠٠٥، ص٢٤.

[2] الجيلاني المريني، **القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامة**، دار ابن القيم، الدمام، ط١، ٢٠٠٢م، ج١: ص٣٥، محمد يونس فالح الزعبي، **القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي، رسالة دكتوراة**، إشراف الد. عباس الباز، الجامعة الأردنية، لعام ٢٠٠٥م، ص٢٠.

[3] جمال شاكر يوسف عبدالله، **الاستثناء من القواعد الفقهية**، رسالة دكتوراه، إشراف علي الصوا، الجامعة الأردنية لعام ٢٠٠٨، عن كتاب السنوسي، الاستقراء وأثره في القواعد الأصولية، ص٤٢١، لم أعثر عليه

[4] اسماعيل علوان، **القواعد الفقهية الخمس الكبرى**، ص٣٠، عطية رمضان، **موسوعة القواعد الفقهية**، مرجع سابق، ص٢٠.

[5] أبن عبد الله صدر الدين محمد بن عمر المعروف بابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، مكتبة الرشد، الرياض، تحقيق أحمد العنقري، ط١، ١٩٩٣، ج١، ص٢٠، اسماعيل علوان، **القواعد الفقهية الخمس الكبرى** ص٣٠.

[6] ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ص٢١، صالح بن محمد بن حسن الأسمري، **مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية**، دار الصميعي للنشر، ط١، ٢٠٠٠م، ص٨، عمر إبراهيم بافولولو، **القواعد الفقهية في كتاب الغياثى لامام الحرمين**، رسالة ماجستير، في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٦ م، ص٣٣٦.

[7] عمر بافولولو، **القواعد الفقهية**، ص٣٣٦.

القاعدة الفقهية: متعلقة بكل فعل من أفعال المكلف مثل: (اليقين لا يُزال بالشك) متعلقة بكل فعل للمكلف إذا تيقن ثم شك[1].

تتصف القواعد الأصولية بالثبات، فلا تتغير، خلافا للقواعد الفقهية التي قد تتغير بتغير الأحكام المبنية على المصلحة أو سد الذرائع[2]، وهذا فيه كلام إذ القاعدة لا تتغير وإنما الذي يتغير إنما هوفروعها وجزئياتها[3].

القواعد الأصولية خاصة بالمجتهد يستنبط بها الأحكام الفقهية،
أما القواعد الفقهية، فيحتاجها الفقيه أو المفتي بل والمتعلم لأحكام الشرع عوضا عن الرجوع إلى الأبواب الفقهية الواسعة[4].
إلا أن هذه الفروق لم تمنع من وجود قاعدة مترددة بين الفقه والأصول بين الحين والآخر؛ مثل قاعدة "العرف معتبر والعادة محكمة" فهي دليل باعتبار موضوعها، وبالإجماع العلمي والمصلحة المرسلة كانت قاعدة أصولية، في المقابل؛ بالنظر لفعل المكلف، أو في تفسير القول الذي غلب في معنىً معين؛ كانت قاعدة فقهية[5].

المبحث الثالث – العلاقة بين القاعدة والضابط

الضابط لغة: من ضَبطَ، وهو لزوم الشيء وحبسه، وقال الليث: الضبط لزوم شيء لا يفارقه في كل شيء، ضَبَطَ الشيء؛ حفظه بالحزم، والرجل ضابط؛ أي حازم[6].

الضابط اصطلاحا:

وهو ما يجمع فروعا من باب واحد[7].

ومن خلال التعريف يظهر وجه الشبه: أن القاعدة والضابط يتفقان بأن كل منهما حكم أغلبي ينطبق على عدد من الجزئيات الفقهية[8].

ويفترقان بفروق منها:

الفرق الأول: الضابط بخلاف القاعدة وهي ما يجمعها من أبواب شتى، فالقاعدة أعم والضابط أخص[9].

الفرق الثاني: الاستثناءات تحتمل كثرتها في القاعدة، أما في الضابط فلا يسمح بكثرة الاستثناءات، وذلك لكونها تضبط موضوعا واحدا[10].

الفرق الثالث: القاعدة الفقهية تصاغ بعبارة موجزة وألفاظ العموم والاستغراق، وذلك لا يشترط في الضابط، فقد يصاغ بجملة، أو فقرة، أو أكثر[11].

الفصل الأول – تحليل قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).

يتناول هذا الفصل دراسة القاعدة بشكل نظري تحليلي، من توضيح لمفردات هذه القاعدة، وبيان معناها الإجمالي، ثم ذكرُ أصلها عند المذاهب واختلافاتهم في أصلها، ثم بيان الإرادة المعوَّلِ عليها لهذه القاعدة

---

[1] حسن الأسمري، **مجموعة الفوائد البهية**، ص٨، تقي الدين الحصني، **القواعد**، ص٢٥.

[2] ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ص ٢٠، محمد الزحيلي، **القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي**، مجلس النشر العلمي، الكويت، ط٢، ٢٠٠٤م، ص٢٢.

[3] إضافة المناقش الدكتور عبد الرحمن الكيلاني.

[4] ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ص٢٠.

[5] عطية رمضان، **موسوعة القواعد الفقهية**، ص٢١.

[6] ابن منظور، **لسان العرب**، المجلد السابع، ص٣٨٤.

[7] الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج١، ص٣١.

[8] أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن تقي الدين الحصني، **كتاب القواعد**، مكتبة الرشيد الرياض، ط١، ١٩٩٧، ص٢٤.

[9] الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج١:ص٣١، تقي الدين الحصني، **تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر**، ج١، ص١١. الحصني، **القواعد**، ص٢٤.

[10] محمد الزعبي، **القواعد الفقهية**، ص١٧.

[11] محمد الزعبي، **القواعد الفقهية**، ص١٧.

عامة وللفقه الإسلامي والقانون خاصة، وأخيراً يدرس البحث بعض الأساليب الموصِلة للقصود المعتَدِ بها في العقود.

وبما أن هذا الفصل هو أساس البحث وبناءُه، فقد اشتمل على خمسة مباحث وعدة مطالب ضِمنها، والتفصيل كالآتي:

المبحث الأول: التعريف بمفردات القاعدة وشرحها، وفيه مطلبين:

المطلب الأول: التعريف بمفردات القاعدة.

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة.

المبحث الثاني: تأصيل القاعدة. ويشتمل أيضا على مطلبين:

المطلب الأول: القول الأول بأن العبرة للقصود.

المطلب الثاني: القول الثاني بأن العبرة للصيغ.

المبحث الثالث: القواعد التي تفرعت عنها القاعدة، والقواعد ذات الصلة.

المبحث الرابع: مكانة القاعدة في الفقه الإسلامي والقانون أي الإرادة المعول عليها فيهما.

المبحث الخامس: الأساليب الموصلة للقصد والمعنى.

المبحث الأول – التعريف بمفردات القاعدة وشرحها

يشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب، أولها في التعريف بمصطلحات القاعدة، والثاني في شرحها، أما الثالث ففي الصيغ الأخرى للقاعدة ، والتفصيل كالتالي.

المطلب الأول – التعريف بمفردات القاعدة

ولما كانت مفردات القاعدة كلها مصطلحات، كان لا بد من توضيحها أجمع، لغة واصطلاحا.

أولا: العبرة :-

في اللغة: هي الاسم من الاعتبار[1]، فالعبرة هي الاعتبار والاتعاظ بما مضى، أي الاعتداد به، وهو المقصود هنا، ومنه اعتبرت الشيء: أي نظرتَ للشيء واعتبرتَ ما يعنيك عبرا لذلك فتساويا عندك[2]، والعبرة فعلة فعلة من العبور وهو الانتقال من حيز إلى حيز، ويُعبر بها عن حسن الإنتقال من الاغترار إلى الاتعاظ وعن الدلالة الناقلة من الجهل إلى العرفان[3].

ومن معانيها الأخرى: العَجَب، اعتبر منه أي: تعجَّب منه[4]، ومنه العبرة أصلها في اللغة المثال، وامتثالها الأمر، أي تعديتها وانتقالها إلى بواطن معانيه[5]، وفي لسان العرب ويأتي المثل بمعنى العبرة ومنه "{فجَعَلْنَاهُمْ سَلَفًا وَمَثَلًا لِلْآخِرِينَ} سورة الزخرف:آية ٥٦، سلف أي متقدمين، ومثلا أي عبرة يعتبر بها المتأخرون[6]، والعبرة هي الآية، وقوله{ لَّقَدْ كَانَ فِي يُوسُفَ وَإِخْوَتِهِ آيَاتٌ لِّلسَّائِلِينَ}[سورة يوسف: آية ٧]،أي أمور وعبر[7].

وفي الاصطلاح: "الاعتبار والاتعاظ، وتكون بمعنى الإعتداد بالشيء في ترتيب الحكم"[8].

---

١ أبي بكر الرازي، **مختار الصحاح**، ج١، ص١٧٢.

٢ ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج٤، ص٢١٠.

٣ عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، **الإمام في بيان أدلة الأحكام**، دار البشائر، بيروت، ط١، ١٤٠٧، تحقيق رضوان مختار بن غريبة، ج١، ص٢٦٢

٤ الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**،ج١:ص ٥٥٨، ابن منظور، **لسان العرب**، ج٤، ٥٣١

٥ أبو المظفر منصور بن محمد بن عبدالجبار السمعاني، **قواطع الأدلة في الأصول**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٧م، تحقيق محمد حسن اسماعيل الشافعي، ج٢، ص٩٣.

٦ ابن منظور، **لسان العرب**، ج١١، ص٦١٢.

٧ ابن منظور، **لسان العرب**، ج١٤، ص٦٢.

٨ سائد بصمه جي، **معجم مصطلحات الفقه**، ص٣٩٩، محمد عبد الرؤوف المناوي، **التوقيف على مهمات التعاريف**، دار الفكر، بيروت، ط١: ١٤١٠هـ، تحقيق محمد رضوان الداية، ج١، ص٥٠١.

وقيل الاعتبار: هو إجزاء الشيء على مثيل غيره[1]، والعبرة: هي"الحالة التي يتوصل بها من معرفة الشاهد إلى ما ليس بشاهد"[2]، وهذان التعريفان قد يكونا عند علماء المنطق، إذ هما أقرب لتعريف القياس، تعريفات لها في القِدَم، فيتضح التوافق بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي الأول فكلاهما الاعتداد بالشيء والأخذ به.

فالتعريف الاصطلاحي كما سبق مبني على التعريف اللغوي، فمن أرادها في القياس عرّفها على ذلك، ومن أرادها بالاعتداد بالشيء والتركيز عليه، كان اصطلاحها على ذلك كما أنه هو المعنى المقصود في هذه القاعدة، فلم يخرج الاستعمال الشرعي لمعنى الاعتبار عن معناه في اللغة.

ثانيا: العقد :-

في اللغة: العين والقاف والدال أصل واحد يدلان على شدٍ وشِدَةٍ وثوق[3]، نقيض الحل، ويأتي بمعنى العهد ومنها عُقدة النكاح، والجمع عقود وهي أوثقُ العهود، ويقال :عهدت إلى فلان كذا وكذا: تأويله ألزمته ذلك بِاستيثاق، ويطلق العقد لغة على الشد والربط والتوثيق والإحكام في الأمور الحسية والمعنوية[4]، وعَقَدَ الحبل والبيع والعهد يعقده أي شدَّه، والعقدُ: الضمان، والعهد[5].

وهو مصدر عقدت الحبل إذا جمعت أجزاءه جمعا خاصا ثم نُقل إلى الشيء المعقود مجازا، وهو تلك الأجزاء المجموعة من تسمية المفعول باسم المصدر كقولهم درهم ضرب الأمير ثم نقل شرعا إلى ارتباط الإيجاب بالقبول كعقد البيع والنكاح[6].

في الاصطلاح الفقهي والقانوني:-

العقد عند الفقهاء: وهو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يُثبت أثره في محله، وهو ما ورد في مجلة الأحكام (من المادة ١٠١ الى ١٠٤)[7].

عرّف القانون المدني العقد في المادة ٨٧ والتي جاء فيها: أنه (ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر)[8].

ويتضح التوافق بين التعريف الفقهي الخاص والقانوني بكون كل منهما يخص العقد بما تم بإرادتين دون الإرادة المنفردة فهي ليست بعقد عندهم[9]، غير أن التعريف الفقهي وضح كون المحل مشروعا، بقوله: "على وجه مشروع"، خلافا للقانون؛ مع أن بعض الشُرَّاح للقانون يذكرونه كعنصر من عناصر العقد إلا أن كون المحل مشروعا لا يتضح في التعريف، بل جاء في المادة (٤/٨٨): (أن العقد يصح أن يَرِدَ على أي شيء ليس ممنوعا أو مُخالفا للآداب والنظام العام)، والمادة (١٦٣): (أنه يشترط في محل العقد أن يكون قابلا للحكم، فإن منعه الشارع أو خالف النظام العام أو الآداب كان باطلا)، ومع ذلك إلا أنه لا يمنع ما منعه التعريف الفقهي للعقد حيث يمنع كل عقد على حرام، وهذا غير مشار إليه في التعريف

---

١ أبو المظفر السمعاني، **قواطع الأدلة في الأصول**، ج٢، ص٩٣.

٢ محمد المناوي، **التوقيف على مهمات التعاريف**، ج١، ص٤٩٩.

٣ ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج٤، ص٨٦.

٤ ابن منظور، **لسان العرب**، ج٣، ص٢٩٦، الرازي، **مختار الصحاح**، ج١، ص١٨٦.

٥ الفيروز آبادي، **معجم القاموس المحيط**، ج١، ص٨٩٣

٦ محمد بن بهادُر بن عبد الله الزركشي الشافعي أبو عبد الله، **المنثور في القواعد**، دار وزارة الأوقاف، الكويت، ط٢، ١٤٠٥، تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود ج٢، ص٣٩٧

٧ سليم رستم باز، **شرح المجلة**، ص٥٦ و ٥٧، مصطفى الزرقاء، **المدخل الفقهي العام**، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ط٧، ١٩٦١م ج١ص٢٧٥، وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، دمشق، ط٤، بدون تاريخ، ج٣: ص٤٣٣.

٨ عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، **شرح القانون المدني الأردني مصادر الحقوق الشخصية**، ط١، ١٩٩٥، دار الثقافة، ص٢٩.

٩ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر الشافعي، **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي**، منشورات الخلبي الحقوقية، لبنان، ط١، ٢٠٠٥، ص ٢٧٨.

القانوني، وتوضيح هذه المواد أن محل العقد يجب أن يكون قابل للحكم، وغير مخالف للنظام العام، وذلك لا يماثل تعريف العقد الفقهي وجعله مشروعا بكل وجوهه.
وكما أن التعريف القانوني أضاف جملة (يترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر) وهذا لا علاقة له بالتعريف فهو من آثار وحكم العقد المترتبة عليه[1].
وفي الفقه قولهم (يثبت أثره في المعقود عليه) عبَّر عنها القانون بوجوب اتجاه إرادة الطرفين إلى إحداث أثر قانوني، والمعنى واحد من حيث (اتجاه الإرادة، وارتباط ايجاب بقبول) وإن اختلف التعبير، وليس بينهما فرق إلا أن تعريف الفقهاء المسلمين يأخذ بالإرادة الظاهرة، وتعريف فقهاء القانون عند تعريفهم للعقد (بأنه توافق إرادتين) يأخذ بالنية أو ما يقال له خطأ الإرادة الباطنة كما أشار له الدكتور الحكيم[2]، وهذا ما سيتم توضيحه في المبحث الخامس إن شاء الله.

ثالثا: المقاصد والمعاني:-

المقاصد لغة : من القصد والقصد إتيان الشيء وأمَّه، والاكتناز فيه، وقَصَدَهُ أي أتى نحوه[3]، وهو استقامة الطريق، والاعتماد والتوجه نحو الشيء.
اصطلاحا: هي الإرادة المتوجهة إلى الأمور، أي هي الدوافع والدواعي التي تجعل المكلف بتصرفه يتجه إليها[4]، وهي الأغراض التي أرادها المتصرف من تصرفه، والغرض ما لأجله فعل الفاعل ، وهو الأمر الباعث للفاعل على الفعل فهو المحرك الأول للفاعل، وبه يصير الفاعل فاعلا[5].
ولم أتطرق لغيره من التعاريف لأنها تتكلم عن مقاصد الشارع والمراد هنا مقاصد المكلفين.
المعاني لغة : وجذرها عنى ومن أصولها القصد للشيء والحرص عليه[7]، عنيَ: عنى بكلامه كذا أي: أراد، ومعنى الكلام وإرادته واحد؛ تقول عرفت ذلك في معنى كلامه[8]، فالمعنى : إما مصدر ميمي بمعنى القصد أو اسم مكان بمعنى المقصد أو مخفف معنى اسم مفعول على وزن مرمى[9]، فالمعنى هو القصد الذي أراده المتلفظ بكلامه.
اصطلاحا: فالمعاني هي ما تدل عليه الألفاظ بوضعها أو باستعمالها[10]، وهي ما يُقصد بالشيء، فالمعنى هو الصورة الذهنية من حيث أنه وضع بإزائها اللفظ، وبدون هذه الحيثية لا تسمى معنى، وقد يكتفي في إطلاق المعنى على الصورة الذهنية بمجرد صلاحيتها لأن تقصد باللفظ سواء وضع لها لفظ أم لا، والصورة الحاصلة في العقل من حيث أنها تحصل من اللفظ في العقل سميت مفهوما ومن حيث إنها تقصد باللفظ تسمى معنى[11].
فالمقاصد والمعاني مترادفان يفيدان الإرادة والتوجه نحو الشيء المراد، إلا أن بينهما عموم وخصوص فالقصد فقه وفهم، والمعنى مجرد الفهم.

رابعا: الألفاظ والمباني:-

---

[1] عبد المجيد الحكيم، **الكافي في شرح القانون المدني الأردني**، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، ط١٩٩٣، ج١، ص٥٧.
[2] الحكيم، **الكافي في شرح القانون**، ج١، ص٧٩.
[3] أبو بكر الرازي، **مختار الصحاح**، ج١، ص٢٢٤، ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج٥، ص٩٥.
[4] الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ص١٠٦١.
[5] يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، **قاعدة الأمور بمقاصدها**، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٩٩٩، ص٢٨.
[6] أحمد بن علي بن علي التهانوي، **كشاف اصطلاحات الفنون** ، تحقيق علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط١، ١٩٩٦م، ج٢ص١٢٤٩.
[7] ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج٤، ص١٤٦.
[8] الرازي، **مختار الصحاح**، ج١، ص١٩٢.
[9] القاضي عبد رب النبي الأحمد نكري، **دستور العلماء أو جامع العلوم في اصطلاحات الفنون**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ، تحقيق حسن هاني فحص، ج٣، ص ١٩٨.
[10] محمد وحيد الدين سوار، **الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني**، دار الثقافة، عمان، ط١، ١٩٩٦م، ص٢١٨.
[11] القاضي نكري، **جامع العلوم في اصطلاحات الفنون**، ج٣، ص ١٩٨.

أولا: اللفظ لغة: لفظ الشيء من فمه: رماه، ولفظ بالكلام وتلفظ به أي: تكلم به، واللفظ واحدُ الألفاظ وهو في الأصل مصدر[1]، وتلفظ بالكلام بمعنى: نطق به[2].

اصطلاحا: "ما يتلفظ به الانسان أو في حكمه مهملا كان أو مستعملا "[3]، أي هو الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عما يدور في نفسه[4].

ثانيا: المباني لغة : بنى: الشيء يتولد عن الشيء[5]، والبَتيُ: نقيض الهدم[6].

اصطلاحا: هي ترتيب الألفاظ مفردة أو مركبة مادة[7] وهيئة[8]، وهي مجموعة حروف ركبت كلمات، فالهمزة إن كانت للإستفهام أو النداء كانت حرف معنى، وإلا فحرف بناء للكلمات[9].

المطلب الثاني – المعنى الإجمالي للقاعدة

وبعد أن تقدم الكلام في المعاني العامة لمصطلحات هذه القاعدة، يلحقه الشرح التوضيحي للمصطلحات عامة ولمعنى القاعدة خاصة.

فمعلوم أن الألفاظ ما جاءت إلا لتُعبِّر عن المعاني المرادة فلا خلاف في أن اللفظ يعبر عن معناه الأصلي، إلا أن بعض الألفاظ تُذكر أحيانا ويراد بها غير ما وضعت له، أو يكون لها أكثر من معنى، أو يخطئ من أراد التعبير، فيذكر لفظا بخلاف ما قصد، أو بمعنى آخر غير الذي أراد سهوا أو نسيانا أو غير ذلك، فإذا جمع بين اللفظ والقصد فلا خلاف على ذلك أيضا، لكن إذا تعارض اللفظ مع القصد و تعذر الجمع بينهما، فظهرت الحاجة للترجيح بينهما، جاءت هذه القاعدة لتقلل من أثر الخلاف الحاصل في ذلك.

ويؤكد هذا المعنى قول السرخسي: الألفاظ قوالب المعاني، فلا يُلغى اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى، إلا إذا تعذر الجمع[10]، إذا لم يظهر مخالفة بين القصد واللفظ؛ تعلق الحكم بهما، وإذا تبين بالقرائن أن اللفظ مخالف للقصد بتعذر الجمع بينهما؛ فالعبرة حينها للقصد[11].

فالمقصود بقاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)؛ هو الاعتداد بالمقاصد التي عينتها القرائن التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، غير العقود التي وضعت لها هذه الألفاظ أصلا، إذا قصد العاقدان هذا المعنى[12]، فالقصد أجدر بالاعتبار من لفظ لا يفيد قصد العاقد، بل وإنه لم يوضع هنا إلا للتعبير عن هذا القصد، فالصيغ تخبر عن ما في النفس من معاني، ولتصح الصيغ يجب مطابقتها لما أخبرت عنه، وإلا كانت خبرا كاذبا، ثم يُحكم بالجمع بين اللفظ والمعنى، فاللفظ لا يصير

---

١ الرازي، **مختار الصحاح**، ج١: ص٢٥٠، ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج٥، ص٢٥٩.

٢ الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ص١١٨٢.

٣ علي التهانوي، **كشاف اصطلاحات الفنون**، ص٤٩٤.

٤ علي حيدر، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ، تعريب المحامي، فهمي الحسيني ج١، ص١٨.

٥ ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج١، ص٣٠٣.

٦ الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ص١٣٥.

٧ مادة اللفظ : هي مادة تركيبه ، وهي تدل على المعنى اللغوي الذي وضع له اللفظ ، عبدالعزيز بن أحمد البخاري، **كشف الأسرار عن أصول البزدوي**، تحقيق عبدالله محمود عز، دار الكتاب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ،ج١، ص٤٣.

٨ هيئة اللفظ : هي المعني الصيغي للفظ ، وهو معنى اللفظ الذي يفهم من حركاته وسكناته وترتيب حروفه، عبدالعزيز البخاري، **كشف الأسرار**،ج١، ص٤٣

٩ التفتازاني، **شرح التلويح**، ج١، ص١٨١.

١٠ شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ، ج١٢، ص٧٩ .

١١ أبو عبدالله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي-الشهير بابن القيم الجوزية-، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٩٧٣،ج٣، ص٩٢، عطية رمضان، **موسوعة القواعد الفقهية**، ص٩٥، علي حيدر، **درر الحكام**، ص٢١.

١٢ وهبة الزحيلي، **أدلة الفقه الإسلامي**، ج١، ص١٣٥.

مؤثرا على العقود والتصرفات إلا إذا اقترن بمعناه وإن بقرينة، فالعبرة للمعنى الذي دليله اللفظ، فإذا لم يُفهم من اللفظ معناه، صرنا إلى غيره لتعذره[1].

فالمعاني هي ما تدل عليه الألفاظ بوضعها أو باستعمالها فيفهم من هذه المادة أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد فقط، وإنما ينظر كذلك إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى، وليس اللفظ و الصيغة المستعملة وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني[2]، وقصد العاقدين تكشفه وتحدده ظروف وعناصر العقد وشروطه، ولا يمكن تجاهل هذا القصد والأخذ بحرفية العقد مهما كانت النتائج[3].

ومن هذا ما جاء في المنثور بما يخص القسم الثالث والرابع في تقسيمها حيث قال: إن هذه القاعدة ترجع إلى أربعة أقسام : الأول: ما يعتبر فيه اللفظ قطعا؛ كالنكاح فإنه تعبدي بصيغتي الإنكاح والتزويج دون ما يؤدي لمعناهما وهذا عند الشافعية إذ أن الأرجح عندهم أن الاعتبار للفظ، والثاني: ما يعتبر فيه اللفظ في الأصح وهذا أيضا واضح في فروع الشافعية؛ كما لو قال: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد فليس بسَلَم قطعا؛ لانتفاء الدينية، ولا بيعا في الأرجح لإخلال اللفظ ، فالسَلَم يقتضي الدينية، والدينية مع التعيين يتناقضان، الثالث: ما يُعتبر فيه المعنى قطعا، وهذا مانشير إليه، الرابع : ما يُعتبر فيه المعنى في الأصح ، فمنها إذا وهب بمقابل، فهل تبطل لمناقضته أو يصح ويكون هبة اعتبارا باللفظ أو بيعا بالثمن باعتبار المعنى؟[4].

وقد شرح اللفظ في هذه القاعدة سوار فقال: ويقصد به هنا المعنى الحرفي، أي أننا عندما نقدم القصد على اللفظ إنما نتجاوز المعنى الحرفي للفظ فقط، والذهاب لمعنى آخر محتمل[5]، إلا أن هذا التفسير غير دقيق كما سيتضح لاحقا.

ومجيئها بلفظ العقود بالمعنى الأخص يجعلها قاصرة على المبادلات المالية، وقيل لو أنها جاءت بصيغة (العبرة في التصرفات)[6] لكان ذلك أشمل للقاعدة؛ لأن التصرفات أعم من العقود، حيث تشمل الدعاوى بخلاف العقود[7].

فالتصرفات: هي كل ما صدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل، فمنها التصرفات الفعلية كالغصب والإتلاف، ومنها التصرفات القولية بشقيها العقدية كالبيع، وغير العقدية كالطلاق[8]، وأضاف الزرقا أنَّ ذكر العقود في القاعدة لا يمنع غيرها من الدخول فيها كالدعاوي من إرادة منفردة[9]، وتصرفات فعلية، وإنما ذُكرت العقود على سبيل التغليب[10].

---

[1] ابن قيم الجوزية ،**إعلام الموقعين**،ج٣، ص ١١٩ – ١٢٠.

[2] علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٢١.

[3] سوار، **الإتجاهات العامة**، ص٢١٨.

[4] الزركشي، **المنثور**، ج٢، ص٣٧٣.

[5] محمد وحيد الدين سوار، **التعبير عن الإرادة**، مكتبة دار الثقافة، الأردن، ط٢، ١٩٩٨، ص٥٥٥

[6] أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، **شرح القواعد الفقهية**، دار القلم، دمشق، ط٢: ١٤٠٩هـ، تصحيح وتعليق مصطفى أحمد الزرقاء، ص٥٥، علاء الدين أبو الحسن بن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، **معين الحكام فيما يتردد بي الخصمين من الأحكام**، دار مصطفى البابي الحلبي، ط٢، ١٩٧٣م، ص١٤٦

[7] إبرهيم الحريري، **المدخل الى القواعد الفقهية الكلية**' دار عمار، الاردن، ط١، ١٩٩٨، ص٧٧.

[8] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج٤: ص٤٣٧.

[9] أحمد الزرقاء ، **شرح القواعد الفقهية**، ج١، ص٥٥. وفي القانون، التصرفات الإنفرادية: تصرف يرتب بإرادته المنفردة إلزاما، دون التوقف على إرادة شخص آخر، مثل الإسقاط المحض، كإسقاط حقه في الخيار، وفي الشفعة، وإسقاط الدين. حسن علي الذنون، ومحمد سعيد الرحو، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، دار وائل للنشر، ط١، ٢٠٠٠م، ص٢٣٨.

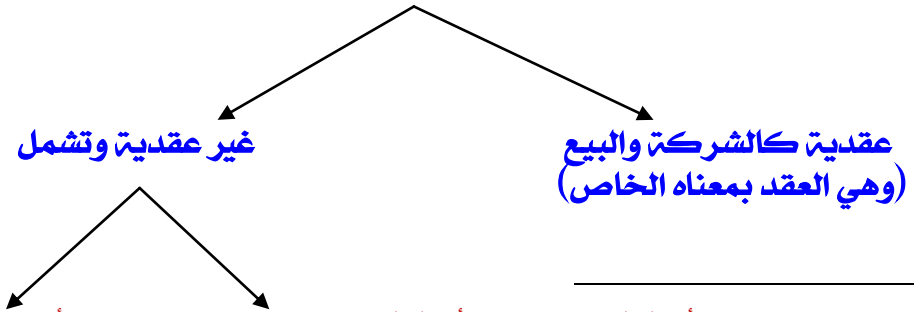
[10] محمد عثمان شبير، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الاسلامية**، دار النفائس، الأردن، ط١، ٢٠٠٦، ص١٢٢.

كما أشار لذلك الكرخي في أُصوله فقال: "الأصل أنه يعتبر في الدعاوى مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر"[1]، إلا أن ذلك لا يُفهم من القاعدة، فذِكرُ العقود نوع من التخصيص إلا إذا كان المقصود من العقد هنا العقد بمعناه العام، فحملها على المعنى العام أشمل.

حيث أن العقد له معنيان أحدهما عام والآخر خاص، أما المعنى العام فهو: كل ما التزم المرء بوعد على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن[2]، فالعقد العام أيضا "هو التصرف الذي ينشأ عنه حكم شرعي، سواء صدر من طرف واحد أو من طرفين"[3] مفاده وجود التزام سواء بوجود طرفين كبيع ووكالة، أو طرف واحد –الإرادة المنفردة- كالطلاق والنذر والإبراء من الدين، ومنه إطلاق العقد على النذر عند الإمام الشافعي حيث قال: "أراد الله أن يوفى بكل عقد نذر"[4]، ومنه ما ذكره الجصاص: "كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك"[5].

والمعنى الخاص الذي يقصده فقهاء الشريعة والقانون عند إطلاق لفظة العقد كما سبق فهو عند علماء الشريعة: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله، وهو ما ورد في مجلة الأحكام (من المادة ١٠١ الى ١٠٤) [6]، وعند فقهاء القانون: "هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجهة يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب على الآخر"[7] المادة ٨٧ من القانون المدني الأردني، فكل منهما يخص العقد بما تم بإرادتين دون الإرادة المنفردة فهي ليست بعقد عندهم[8]، غير أن معناه العام يشمل الإرادة المنفردة- كالوقف والطلاق- وكذلك التصرف الذي يشمل العقد بمعنييه الخاص والعام؛ لأنه حتى وإن شمل العقد الارادة المنفردة بمعناه العام يبقى قاصرا على التصرف القولي فقط، فالتصرف – والذي هو كل ما يصدر عن الشخص المميز بناء على إرادته ويرتب عليه الشارع أثر[9]- يشمل جميع أقوال وأفعال الإنسان من عقد والتزام وغيرهما، إذ أنه يُقسم إلى تصرف فعلي –كالإتلاف، والغصب، واستلام المبيع- وتصرف قولي؛ والذي يُقسم لقولي عقدي، وقولي غير عقدي-الارادة المنفردة كالوقف والدعوى من إقرار وإنكار وحلف-[10].

التصرفات تنقسم في الفقه الإسلامي إلى تصرفات فعلية، وتصرفات قولية(إلتزامات):



[1] عبيد الله بن الحسين الكرخي، **أصول الكرخي** مطبوعة مع **أصول البزدوي**، علي بن محمد البزدوي الحنفي، أصول البزدوي، مطبعة جواید بریس، كراتشي،ج١، ص٣٦٧.

[2] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج٣، ص٤٣٣.

[3] رمضان الشرنباصي، **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي**، ص٢٧٦

[4] محمد بن ادريس الشافعي، **الأم**، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٣٩٣،ج٤، ص١٩٥.

[5] أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، **أحكام القرآن**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ، ج٣، ص٢٨٥.

[6] سليم باز، **شرح المجلة**، ص٥٦ و ٥٧، مصطفى الزرقاء، **المدخل الفقهي**، ط٧: ١٩٦١م ج١ص٢٧٥، وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**،ج٣، ص٤٣٣.

[7] عدنان السرحان ونوري خاطر، **شرح القانون المدني الأردني**، ط ١٩٩٥، ص٢٩.

[8] رمضان الشرنباصي، **المدخل لدراسة الفقه**، ص ٢٧٨.

[9] رمضان الشرنباصي، **المدخل لدراسة الفقه** ص٢٨٠، مصطفى الزرقاء، **المدخل الفقهي**،ج١، ص٢٧١.

[10] رمضان الشرنباصي، **المدخل لدراسة الفقه**، ص٢٧٢.

إنشاء حق وإنهاءه (كالوقف والطلاق)

إخبار بحق (كالدعوى والإقرار)

فالتصرف أعم عموما مطلقا من العقد حتى المعنى العام له والذي يشمل الإرادة المنفردة، فالعقد بعض التصرف، فهو تصرف قولي مخصوص[1]، ولكن معلوم عند إطلاق لفظ العقد يُقصدُ المعنى الخاص.

ثم قولنا التصرفات عوضا عن العقود، يجعلنا نلغي القاعدة الأم (الأمور بمقاصدها) أو نساوي هذه بتلك، ومالنا في ذلك من حاجة، وجاء في الأشباه والنظائر من التنبيهات على هذه القاعدة أنها مخصوصة بالعقود، بالرغم من خروج البعض عن هذا الضابط، فذكروا فروعا في غير العقود تحت هذه القاعدة، ونبه أن ليس لهم هذا[2].

وليس المراد من المقاصد هنا المقاصد المجردة التي بقيت حبيسة النفس ولم تظهر إلى حيز الوجود بفعل مادي يدل عليها، وبالتالي فالمراد بالمقاصد والمعاني هنا، هي التي عيَّنتها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر ، كما في انعقاد الكفالة بلفظ الحوالة، وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة إذا اشتُرط فيها براءة المدين عن المطالبة أو عدم برائته[3]، وما يشمل المقاصد العُرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود، فقد صرح الفقهاء

بأنه يُحمل كلام كل إنسان على لغته وعرفه وإن خالفت لغة الشرع وعرفه كانعقاد البيع والشراء بلفظ الأخذ والإعطاء[4]، إلا أن لذلك شروطا إن لم تتوفر حُكم للفظ دون المعنى؛ وهي:

أولا: أن يحتمل اللفظ هذا الإستعمال اللغوي الجديد، وإلا فلا، فقوله لا أبيعك الكتاب بخمس دراهم، وقصد البيع، لا نَعدّ القصد، لعدم احتماله.

ثانيا: إستواءُ جانبَيّ الظاهر والباطن؛ كقوله إذهبي لأهلك، فالمعتبر المقصود من القائل أياً كان قصده، لاستواءهما، أو وجود قرائن مع اللفظ ترجح القصد على اللفظ مثل: وهبتكه بخمسة دنانير، فوجود الثمن مع غير لازمه_الهبة_ يصرفه للازمه_البيع_ فهو قرينة مرجحة.

ثالثا: ألا يكون حكم المقصود أدنى من حكم ظاهر اللفظ، كبعتك ولم يذكر ثمن، بطل، ولا يَؤول للهبة، لأن الملك بالهبة أدنى من الملك بالبيع، فالهبة فيها الرجوع دون البيع، والهبة لاتتم إلا بالقبض دون البيع[5].

رابعا: اعتبار المقاصد والمعاني في العقود مقيدٌ بما لم يعارضه مانع شرعي، مثل إذا ردَّ المشتري شراءً فاسداً المبيع؛ انفسخ العقد السابق على أي وجهة كان الردّ، سواء ببيع جديد أو هبة أو صدقة، لأن فسخَ البيع الفاسدِ ورَدَّ المبيع واجبٌ شرعيٌ، فيقعُ ردُّه على الوجوب ويبرأ من ضمانه، فألغي القصد من التصرف واعتُبر التسليم ردّا بحكم الفسخ[6]، كما أن ذلك مقيَّد بتعذر العمل باللفظ، وإلا فلا شك أنّ اعتبار اللفظ أولى[7].

فالقاعدة لا تحمل على إطلاقها، لأن المقاصد ليست كلها معتبرة، فنعتبر منها ما رافقه قرينة دلت عليه، لذلك لا بد من تقييدها وإعادة صياغتها بما يحقق مقاصدها، ومما يساعد في تقييدها هذا القيد، هو قاعدة (دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه) المادة ٦٨ من المجلة، وهي تعني أن هناك أمور خفية متعذر الوصول لحقيقتها ظاهريا، عندها يقيم الشارع مقامها ما يدل على وجودها ،

---

[1] مصطفى الزرقاء، **المدخل الفقهي**، هامش ص٢٧٣.

[2] تاج الدين السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص ١٧٥.

[3] ابرهيم الحريري، **المدخل إلى القواعد، ص** ٧٧، أحمد الزرقاء ، **شرح القواعد الفقهية**، ص٥٥..

[4] أحمد الزرقاء ، **شرح القواعد الفقهية**، ص٥٥، إبرهيم الحريري، **المدخل إلى القواعد الفقهية**، ص٧٧.

[5] عمر بافولولو، **القواعد الفقهية**، ص٩٨.

[6] أحمد الزرقاء، **شرح القواعد الفقهية**، ص٧١.

[7] تاج الدين السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص ١٧٥.

ويعتبر الظاهر فيها دليلاً على وجود الباطن ويقوم مقامه في إثبات الأحكام وتقرير الحقوق[1]، وهذه القاعدة لم ينص عليها القانون المدني الأردني على الرغم من أهميتها وانسجامها مع الاتجاه العام الذي ذهب إليه، هذا فضلا عن كونها أكثر مساساً وأوثق اتصالا به.

لذلك كله كانت هناك اجتهادات واقتراحات لصياغة هذه القاعدة بما يحقق معانيها المنشودة، من هذه الاجتهادات ما ذكره الدكتور أحمد القرالة في بحثه حيث قال: "ونحن نقترح صياغتها على النحو الآتي:العبرة في العقود والتصرفات للمقاصد والمعاني التي دلت عليها القرائن والدلائل[2]"، فهذا معبر بوضوح عن مفهوم هذه القاعدة، إلا أن ذكر العقود لا حاجة لنا به، حيث أنها قسم من التصرفات، فذكر الشيء وأصله معه لا يولد كثير فائدة، بل هو على الأغلب تكرار، وكذلك الحال في القرائن والدلائل حيث أعتقد أن إحداها تنوب عن الأخرى، وذلك لما تميزت به صياغة القواعد عادة بخلوها من المترادفات أو المتشابهات،-وذلك قد يكون جائزا من باب عطف العام على الخاص [3]- إلا أن إضافة القرائن على القاعدة أكسبتها موضوعية حتى لا يقال أنها مجرد أمور نفسية يَصعب الوصول إليها، ومثل هذا المعنى-أي إضافة القرائن- احدى صياغات المالكية لها: (إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه فيه خلاف يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى؟)[4]، فهناك ما أخرجها عن موضوعها وهو القرينة.

وقبل ذلك فإن هناك من اقترح صياغة القاعدة على النحو الآتي: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني مع الألفاظ والمباني)[5]، وذلك في مذهب الشيعة وهي قد تكون إضافة جيدة من باب التوضيح أن الأولوية للفظ وما دام إعمال اللفظ ممكنا فلا ننصرف للمعنى إلا إذا تعذر، وهو من مفهوم القاعدة وغيرها من القواعد، وما من أحد يقول بإهمال اللفظ على الإطلاق، وهل نعلم القصد إلا بتفسير اللفظ الوارد؟

إلا أن الأستاذ عبد المجيد الحكيم قال: أن هذه الصياغة للمذهب الشيعي تدل أنهم لا يأخذون بمفهوم قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)[6] بل بوجوب الأخذ بالألفاظ والمباني فقط، فقط، واستدل على ذلك موضحا بأقوالهم فيها، حيث قالوا: ".. ولكن إناطة المدار في العقد على القصد وحده دون اللفظ غير صحيح.)، وقالوا: "... إن العقود يَلزم فيها استعمال الألفاظ الصريحة الدالة على معانيها بالوضع والمطابقة فلا يصح فيها المجاز والكناية فضلا عن مخالفة الوضع الشخصي أو النوعي واستعمال البيع في الإجارة قد لا يكون صحيحا لا حقيقة ولا مجازا فيكون غلطا ويقع العقد باطلا"[7]، فأظهروا أن العقود إنما تصح بألفاظها الصريحة وإنَّ استعمال الألفاظ في مجازها يبطل العقد، فأصبحت هذه الصياغة أكثر اشكالا منها للأصل.

وقد يكون من المناسب صياغتها "العبرة في الإلتزامات للمقاصد والمعاني ذات القرينة لا للألفاظ والمباني" فالإلتزام أشمل من العقد بمعناه العام حيث أنه يشمل التصرفات القولية العقدية منها وغير العقدية بإنشاء حق وإنهاءه فقط كالوقف والطلاق، أي الشق الأول من التصرفات غير العقدية، أما الإلتزام فيشمل التصرفات القولية بشقيها العقدية كالشركة والبيع وكل ما تتفق عليه إرادتين، والتصرفات غير العقدية أيضا بشقيها من إخبار بحق كالدعوى والإقرار، ومن إنشاء حق وإنهاءه كالوقف والطلاق والإبراء[8]، فالإلتزام أشمل من العقد بمعناه العام بشموله أيضا للتصرفات غير العقدية بشقها الثاني: إخبار بحق كالدعاوى والإقرار.

---

[1] علي حيدر، درر **الحكام شرح مجلة الأحكام**، ج١، ص٦٨.

[2] أحمد ياسين القرالة، **القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**،-بحث - ص٢٦-٢٧

[3] إضافة المناقش الدكتور عبد الرحمن الكيلاني.

[4] أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، **القواعد في الفقه الإسلامي**، مكتبة نزار مصطفى، مكة، ط٢، ١٩٩٩م، ج١، ص٥٤، القاعدة الثامنة والثلاثون.

[5] محمد الحسين آل كاشف الغطاء، **تحرير المجلة**،المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية، النجف الأشرف، العراق، ١٣٥٩، شرح المادة (٣).

[6] عبد المجيد الحكيم، **الكافي**، ج١، ص١٥٢.

[7] آل كاشف آل غطاء، **تحرير المجلة**، ص٥٦.

[8] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج٤، ص٤٣٧.

وقدِ ذكر الزركشي في المنثور الضابط لهذه القاعدة المشتمل على أربعة احتمالات:
أولا: إذا نسخ آخِر اللفظ أوله فلا عبرة باللفظ، بل بالمعنى ومثاله؛ بعتك بلا ثمن، فآخره ناسخ لأوله (البيع)، فالمعتبر المعنى وهو الهبة.
ثانيا: إذا كانت الصيغة أشهر في مدلولها من المعنى، فالأرجح اعتبار الصيغة، ومثاله: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد، فالأرجح اعتبار السلم، لاشتهار السلم في بيوع الذمم.
ثالثا: إن كان المعنى أشهر في مدلوله من الصيغة، فالأصح اعتبار المعنى، ومثاله: وهبتك بكذا فالأصح انعقاده بيعا.
رابعا: إن استوى وتعادل اللفظ والمعنى، فوجهان والأصح اعتبار الصيغة لأنها الأصل والمعنى تابع لها، كاشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم، انعقد بيعا في الأصح[1]، وذلك عند الشافعية حيث أن الجمهور على هذا بترجيح المعنى لظهوره بقرينة الأجل، لا لمجرد الاشتهار وعدمه.
وتتصل القاعدة اتصالا وثيقا مع فكرة تحول العقد[2]، التي نص عليها القانون العراقي في المادة(١٤٠) –دون القانون الأردني- أنه إذا بطل العقد، وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإنه يصح باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما في العقد المصَحَح[3]، إلا أنه في تحول العقد ينشأ العقد باطلا فيُصَحَح، وهنا ينشأ العقد صحيحا لكن فيه لفظ مشترك، أو خطأ، أو تورية من العاقدين لسبب ما، فالخيار بين إعمال وإهمال للقصد الظاهر بالقرائن.
فالضابط الذي يميز تطبيقات هذه القاعدة عن تحول العقد، هو زمن اتصال القرائن في العقد:
أولا: إن اتصلت القرائن بالعقد وقت انعقاده..لم يكن تحولا للعقد، حيث أن العقد انعقد ابتداء على المعنى الحقيقي الذي دلت عليه القرينة، وهو توضحه القاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).
ثانيا: أما إذا اتصلت القرينة الدالة على المعنى الحقيقي بالعقد في وقت متأخر، أي بعد انعقاد العقد كان تحولا للعقد.
فاشتراط العِوض في هبة المنافع وقت انعقاد العقد، يُعتبر إجارةً ابتداءً[4]، أما إذا اتفقا على هبة المنفعة فقط انعقد العقد على الهبة، فإن اشترطا العِوض عنها بعد ذلك، يتحول العقد هنا من عقد هبة إلى عقد إجارة[5].
ومع أن القانون الأردني لم ينص على فكرة تحول العقد إلا أنه أخذ بها في مواده فورد فيه في (المادة ٩٥٨: الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة).
تعليل القاعدة: والأصل أن يكون الإعتبار للألفاظ والمباني ، لأنها الدالة على المقاصد والنيات[6]، ولكن وتصحيحا لتصرف المكلف وإعمالا لكلامه، يُعدل عن ظاهر اللفظ إلى المعنى، إذا دلت الدلائل على أن اللفظ قاصرٌ لسبب ما عن التعبير عن المقصد، وأن الوقوف عند الألفاظ والمباني يؤدي إلى إهدار كلامه وإهماله، وهذا مؤكد بقاعدة:(إعمال الكلام أولى من إهماله) المادة ٦٠ من المجلة.

---

[1] الزركشي، **المنثور في القواعد**، ج٢، ص٣٧٤، محمد محمود الطلافحة، **تفسير ألفاظ المكلفين**، مركز جوهرة القدس، عمان، ط١، ٢٠٠٩م، ص٢٥٦.

[2] تحول العقد: هو انتقال موضوع العقد أو صفة من صفاته من حالة إلى حالة أخرى مشروعة، حمد فخري حمد عزام، **التحول في العقد دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، اشراف د. ياسين درادكة، رسالة دكتوراة، الجامعة الأردنية، لعام٢٠٠٠م، ص٩.

[3] حسن الذنون، ومحمد الرحو، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، ص١٥٢.

[4] زين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٠م، ص٢٣٥.

[5] حمد العزام، **تحول العقد**، ص١٥.

[6] يقول ابن قيم الجوزية "إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما في نفوسهم ، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه ، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول ، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً"،ابن قيم الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص١٠٥.

ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ[1]، فكانت القاعدة أولا: سببا في تصحيح التصرفات، وثانيا: سببا في إعمال الكلام وتقديمه على الإهمال، فهي مع بعض القواعد كل لا يتجزء، ابتداء بقاعدة (الأصل في الكلام الحقيقة) وتوسطا بقاعدة (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز)، وانتهاء بقاعدتنا هذه.

المطلب الثالث – الصيغ الأخرى للقاعدة

اختلف الفقهاء في عباراتها لاختلافهم في اعتبارها[2]، فعبر عنها الحنفية بهذا اللفظ أي (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)[3]، وفي الأشباه (الاعتبار للمعنى لا للألفاظ)[4] وذكر السرخسي ما يقاربه (العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ)[5] والكاساني (العبرة في العقود لمعانيها لا لصورة الألفاظ)[6]، فكانت تعبيرات الحنفية وإن اختلفت متساوية في المفهوم، وعبر عنها باقي المذاهب بألفاظ أخرى منها: عند المالكية (لا تترتب الأحكام الشرعية في العبادات والمعاملات إلا على النيّات والمقاصد)[7]، فهذا التعبير مضيف لأصل القاعدة العبادات وهي مشمولة في القاعدة الأم (الأمور بمقاصدها) فلا حاجة لنا بذلك، ثم أنه جمع بين النيات والمقاصد وحسنا فعل، وبالإستفهام (إذا تعارض القصد واللفظ أيهما يقدم؟) وبلفظ (إذا دارت المسألة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد، فمراعاة القصد أولى)[8]، فآخرها أوضح صياغة وتعبيرا عن باقي التعابير.

وعند الحنابلة (الاعتبار في العقود بمقاصدها)[9]، و(الاعتبار في العقود بمعانيها لا بألفاظها)[10]، و(الاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد لا بمجرد اللفظ)[11] وذكرها أيضا ابن القيم الجوزية وابن تيمية بلفظ: (القصود في العقود معتبرة)[12] وكلها تفيد المعنى المراد إلا أن ابن تيمية ذكرها بلفظ: (العقود تصح بكل مادل على مقصودها من قول أو فعل)[13] فهي مشتركة مع قاعدتنا بكونها تجعل القصود هي المعتبرة في العقود[14]، إلا أنه أضاف إليها الفعل، فيزيد عليها العقود التي تتم بالفعل لا بالقول، مثل بيع المعاطاة، فالإيجاب والقبول ركن العقد، وفي مقابله في القانون الرضائية، تصح بالقول والفعل، واستدل على ذلك بأدلة كثيرة منها ما أخرجه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن عمر-رضي الله عنهما- قال:

---

[1] علي حيدر، **درر الحكام**، ج١: ص١٨.

[2] ابو عبدالله الجزائري، **القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين**، ص٢٤٠.

[3] جمعية المجلة، **المجلة**، دار كارخانة تجارت، تحقيق نجيب هواويني،ج١، ص١٦، مادة٣، الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٢، ص٢٦٨.

[4] ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٧.

[5] شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، ج٧، ص١٦٤

[6] علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٩٨٦م، ج١١، ص٤.

[7] الشاطبي، **الموافقات**، ج٢: ص٣٢٣، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، **أنوار البروق في أنواء الفروق**، المشهور بالفروق مع هوامشه، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ ج٢، ص٢٥٣.

[8] الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل، ج١٩: ص٢٤٨

[9] أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ابو العباس، **مجموع الفتاوى ابن تيمية**، مكتبة ابن تيمية، تحقيق خليل المنصور، ط٢، ج٢٠، ص٥٥١_٥٥٢.

[10] أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ابو العباس، **الفتاوى الكبرى**، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٨٧م-١٤٠٨هـ، ج٣٣، ص١٥٤.

[11] ابن قيم الجوزية الحنبلي، **الفتاوى الكبرى**، ج٥، ص١٠١.

[12] محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ابن القيم الجوزية، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١٤، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٦م، ج٥، ص١٠٠و٩٨، ابن القيم، **اعلام الموقعين**، ج٣: ص١٩٩، ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج٢٠، ص٣٧٨.

[13] ابن تيمية، **القواعد النورانية**، ص٣٠٣.

[14] عطية رمضان، **موسوعة القواعد الفقهية**، ص٩٥.

كنا مع النبي –صلى الله عليه وسلم- في سفر فكنت على بكر[1] صعب لعمر فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي –صلى الله عليه و سلم- لعمر (بعنيه) . قال هو لك يا رسول الله قال (بعنيه) .

فباعه من –رسول الله صلى الله عليه و سلم- فقال النبي صلى الله عليه و سلم (هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت)[2]، فلم يّصدر من ابن عمر قبول بل صح قبوله بقبضه للموهوب، الواضح بدلالة الحال بفعله[3].

وعليه كان الاختلاف فيما تصح به العقود على ثلاثة أقوال؛ أولها: لا تصح إلا بالايجاب والقبول؛ لأن الرضا أمر خفي لا بد من مظهر له فكان الإيجاب والقبول[4]، ثانيها: تنعقد بالأفعال فيما كثر عقده بالأفعال، وهذا ما أشار إليه السرخسي حيث قال:" والعقد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح"[5]، وقول الشاطبي: العمل باقترانه مع القصد، تتعلق به الأحكام التكليفية، وإن خلا عنه لم يتعلق به شيء، كالنائم[6]، ثالثها: أنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل وهذا ما رجحه ابن تيمية بهذه القاعدة وأدلتها[7].

وذكرها ابن القيم بلفظ(الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها)[8] و(الاعتبار في العقود بنيّات أصحابها ومقاصدهم)[9] فجمع بين النية والقصد لتساويهما في العقود، وبلفظ (هل الاعتبار في العقود إلا بمقاصدها وحقائقها ومعانيها دون صورها وألفاظها؟)[10]، فذكرها بصيغة استفهام استنكاري، فينكر على غير المقاصد أن تكون معتبرة في العقود.

وفي زاد المعاد بلفظ: (المرعى في العقود حقائقها ومعانيها لا صورها وألفاظها)[11]، وفي كتاب القواعد جاءت جاءت بلفظ (فيما إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه فيه خلاف يُلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى؟)[12].

وعند فقهاء الشافعية (هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها؟)[13]، (العبرة في العقود باللفظ أو بالمعنى؟"[14]، " العبرة بصيغ العقود لا بمعانيها)[15]، ومجيئها عند الشافعية بصيغة استفهام؛ لأنهم لا يعتدون بها ابتداء،

---

[1] البكر: الفتي من الإبل

[2] محمد بن اسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، **الجامع الصحيح المختصر(صحيح بخاري)**، دار ابن كثير اليمامة، ط٣، ١٩٧٨م، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئا فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا، حديث رقم(٢٠٠٩)، ج٢، ص٧٤٥.

[3] اسماعيل علوان، **القواعد الفقهية الخمس**، ص١٦٧.

[4] أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، بدون نشر، ج٢، ص٣.

[5] السرخسي، **المبسوط**، ص١١.

[6] الشاطبي المالكي، **الموافقات**، ج٢، ص٣٢٤ .

[7] أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، **القواعد النورانية**، دار المعرفة، بيروت، ط١: ١٣٩٩، تحقيق محمد حامد الفقي، ج١، ص١٠٥.

[8] ابن القيم الجوزية الحنبلي، **اعلام الموقعين**، ج٣، ص٩٥.

[9] البن القيم الجوزية، **اعلام الموقعين**، ج٣، ص ١٢٧.

[10] محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبدالله ابن القيم، **إغاثة اللهفان**، دار المعرفة، بيروت، ط١٩٧٥م-١٣٩٥هـ، تحقيق محمد حامد الفقي، ج٢، ص٤٥.

[11] ابن القيم الجوزية الحنبلي، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، ج٥، ص١٧٩.

[12] أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، **القواعد في الفقه الإسلامي**، مكتبة نزار مصطفى، مكة، ط٢، ١٩٩٩م، ج١، ص٥٤، القاعدة الثامنة والثلاثون.

[13] عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ، ص١٦٦.

[14] محمد الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج**، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، ج٢: ص٦٨، أبو يحيى الأنصاري الشافعي، **أسنى المطالب**، ج٢، ص٨٢.

[15] محمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوي أبو عبد المعطي، **نهاية الزين في ارشاد المبتدئين**، دار الفكر، بيروت، دون نشر، ج١، ص٣٠١.

بل على العكس فالراجح في المذهب اعتبار اللفظ والصيغ لا المعاني والمقاصد كما سيأتي في تأصيل القاعدة، وبلفظ (الاعتبار في العقود باللفظ لا بالمعنى)[1].
وهناك من ذكرها بصيغ أخرى مثل قولهم: و(القصود في العقود معتبرة)[2]، وبلفظ: (الإعتبار للمعنى في في العقود لا للألفاظ فقط)[3].

المبحث الثاني – تأصيل القاعدة

اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة على قولين أولها أن العبرة للمقاصد، وثانيها أن العبرة للألفاظ، ومما أكد الإختلاف ورود القاعدة على شكل سؤال (إذا تعارض القصد واللفظ أيهما يقدم؟؟) و(هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها ؟)، فكان القولان و بيانهما في مطلبين:

المطلب الأول – القول الأول وأدلته

القول الأول ومن قال به:

هذا القول على أنَّ العبرة في العقود للقصود؛ وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[4] والمالكية[5] والحنابلة[6] والحنابلة[7] والمرجوح عند الشافعية[7].
أدلة القول الأول: القائل باعتبار القصود في العقود:
استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:
أولا:- القرآن الكريم:-
١-قوله -جل في علاه-: { وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصلَاحًا} [سورة البقرة : ٢٢٨]، وقوله تعالى: { وَلاَ تُمسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعتَدُواْ} [سورة البقرة : ٢٣١]

وجه الدلالة: أن في ذلك نص في أنَّ الأصل في الرجعة أن تكون لمن قصد الإصلاح دون من قصد الإضرار[8]، وهذا دليل على أن القصد معتبر في العقود.
ويُردُّ عليه: أن قصدَ الزوج بإصلاح حاله أم لا، لا يعلمه أحد غيره، فلا يثبت القاضي له الحق بالرجعة إن علم من الزوج قصده بعدم الإصلاح؛ أي يطلقها، وإن راجعها وقصده عدم الإصلاح والإضرار ولم يُظهِر ذلك، صحت رجعته لخفاء قصده واعتمادنا على ظاهر الأمر[9].

٢-قوله -جل في علاه- في الخلع: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} [سورة البقرة : ٢٢٩]، وقوله تعالى {فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ}[سورة البقرة : ٢٣٠]

---

[1] سليمان الجمل، **حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري**، دار الفكر بيروت،- بدون طبعة-، ج٦، ص٥٦٩.
[2] عمر ابراهيم بافولولو، **القواعد الفقهية في كتاب الغياثي**، ص٩٧.
[3] محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، **قواعد الفقه**، الصدف ببلشر، كراتشي، ط١، ١٩٨٦م، ج١، ص٦٠.
[4] زين الدين ابن نجيم الحنفي، **البحر الرائق**، دار المعرفة، بيروت، ط٢، بدون تاريخ نشر، ج٣، ص٩٤.
[5] الشاطبي المالكي، **الموافقات في أصول الفقه، ج٢، ص٣٢٣**.
[6] ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، ج١، ص٥٤، القاعدة(٣٨).
[7] الزركشي، **المنثور**، ج٢، ص٣٧٤، السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص١٦٦. شمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، **نهاية المحتاج**، دار الفكر بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ، ج٤، ص٨٥ يحيى بن شرف النووي ، **المجموع شرح المهذب**، دار الفكر، بيروت، ط١: ١٩٩٧م، ج٩، ص٢٤٨.
[8] ابن القيم الجوزية الحنبلي، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص٩٦.
[9] أبو عبد الله محمد بن أحمد شمس الدين الأنصاري شمس الدين القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق هشام سمير البخاري، دار الكتاب، الرياض، ط١، ٢٠٠٣، ج٣، ص١١٢.

وجه الدلالة: فبين الله -تعالى- في الآية الأولى- أن الخلع إنما يباح إن ظنَّا ألا يقيما حدوده والنكاح في الآية الثانية إنَّما يباح إذا ظنَّا أن يقيما حدود الله[1]، فالرجعة مرهونة بقصده إقامة الحدود، وهذا دليل على أنَّ القصد معتبر في العقود فإن قصد إقامة حدود الله راجع.
ويرد عليه: قوله خِفتم؛ إشارة لجعل الخلع بيد السلطان، لما يراه مناسبا على ظاهر قول الزوجين، ولو أراد ظن الزوجين لقال: فإن خافا[2]، والآية الثانية الظن فيها للعمل بالظاهر كالآية السابقة.

٣-قوله -جل في علاه- {مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ} [سورة النساء: آية ١٢]

وجه الدلالة: قدم الله في الآية السابقة الوصية على الميراث؛ إن لم يقصد الموصي الإضرار، وإن قصده فللورثة إبطالها[3]، و هذا دليل على اعتبار الشرع للقصد في العقود الشرعية.
ويرد عليه: أن الضرر هنا ليس قصدا خفيا يظهر بقرينة، إذ أنه واضح ظاهر بزيادة الوصية عن الثلث، أو كونها وصية لوارث، وكلاهما منوط بقبول الورثة[4].

ثانياً:- السنة النبوية:-

١-أخرج البخاري في صحيحه بسنده عن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم- قال: "إنَّما الأعمال بالنِّيات، وإنَّما لكل امرىء ما نوى"[5].

وجه الدلالة: أن مقصوده ألا عمل إلا بالنِّية ولا ثواب على جميع الأعمال الشرعية إلا بالنية، كما وضَّحت القاعدة الفقهية المستخرجة من هذا الحديث (لا ثواب إلا بالنيّة)[6]، وهذا يعمّ العبادات والمعاملات وسائر العقود والتصرفات.
ويجاب عنه: بأن الثواب أمر متعلق بحكم الإله على التصرف من ثواب وعقاب، وكونه غير مثاب على تصرفه، الذي لا يعلم قصده به إلا الله، لا يعني ذلك عدم ترتب أثر العقد الظاهر عليه، فالظاهر يرتب أثره، والباطن أمره إلى الله في الجزاء.

٢-أخرج مسلم بسنده عن جابر- رضي الله عنه- أن النبي - صلى الله عليه وسلم -قال: "صيد البَرِّ لكم حلال وأنتم حُرُم ما لم تصيدوه أو يُصَد لكم"[7].

وجه الدلالة: ما علقه ابن القيِّم عليه فقال: "فتأمل كيف حرَّم على المُحرِم الأكل ممَّا صاده الحلال- أي غيرالمحرِم- إذا كان قد صاده لأجله؟ فانظر كيف أثَّر القصد في التحريم ولم يرفعه ظاهر العمل"[8].

---

[1] ابن القيم الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص٩٦.
[2] القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج٣، ص١٢٥.
[3] ابن القيم الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص٩٦.
[4] أبو بكر محمد بن عبد الله بن عربي، **أحكام القرآن**، دار الفكر، بيروت، دون نشر، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج١، ص٤٥٢.
[5] محمد البخاري ، **صحيح البخاري**، كتاب بدء الوحي، حديث رقم (١)،ج١، ص٣.
[6] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، ج١، ص١٣٣.
[7] محمد بن عبدالله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، **المستدرك على الصحيحين**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١٩٩٠م، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، كتاب المناسك، ج١: ص٦٢١، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، **سنن النسائي الكبرى**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١٩٩١م، تحقيق، د. عبد الغفار البنداري، كتاب إذا أشار المحرم، حديث رقم٣٨١٠، ج٢: ص٣٧٢، وقال ليس بالقوي، محمد بن اسحاق بن خزيمة أبو بكر السلمي النيسابوري، **صحيح ابن خزيمة**، المكتب الاسلامي، بيروت، ط١٩٧٠م، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، ج٤: ص١٨٠، حديث رقم ٢٦٤١، وقال الأعظمي: اسناده ضعيف، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، **شرح النووي على صحيح مسلم**، دار إحياء التراث بيروت، ط١: ١٣٩٢هـ، كتاب الحج باب تحريم الصيدالبر، ج٨، ص١٠٥.
[8] ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص٩٨.

ويرد عليه: أن مفهومه مالم تصيدوه أو يُصَد لكم بأمركم، وليس أن يَصيدُ الحلال ويقصد إطعام المحرِم كما بينتم، بدليل تواتر أحاديث بهذا المعنى[1].
فهذه النصوص وغيرها كثير في السنة النبوية تجعل القصد مؤثراً في العقد، وكذلك التصرفات، ويشهد لذلك؛ كونه مؤثرا في العبادات والقربات.

ثالثا :- العرف:-

١-العرف له الأثر الكبير في تصحيح العقود والتصرفات، لِما له من دور كبير في تقييد المطلق وتخصيص العام، وتفسير الألفاظ، والكشف عن مقاصد المكلفين ونياتهم مما يقلل النزاع الذي يكون سببا في فساد العقود[2]، ومن ذلك؛ أجاز الحنفية الاستصناع في كل ما تعارف عليه الناس، فإن لم يكن من العرف كان سَلما إذا توافرت فيه شروطه[3].

وهو ما نصت عليه المادة (٣٨٩ من المجلة: كل شيء تُعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، أما ما لم يُتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة صار سَلما وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم وإذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضا).

رابعا :- المعقول:-

أنه لا يعقل عقد شيء بنية أُخرى، ونُجري آثار العقد بصيغته غير المقصودة، وندع المقصود الأصلي للعقد بدعوى الأخذ بالظاهر ولا يعلم الباطن إلا الله، مادام هناك مادل عليه من القرائن، وإعمال القرينة أولى من إهمالها، وقد ذكر ابن القيم عشرة أمور لم يُرتب الله عليها حكما- بالرغم من وجودها- لعدم قصد العبد وعقد قلبه عليها: السهو وسبق اللسان والخطأ من شدة الفرح أوالغضب ، والخطأ والنسيان والإكراه، والجهل بالمعنى، ولغو اليمين[4] .

١-وذكر النووي تعليلا لكون العبرة بمعاني العقود_ في المرجوح عند الشافعية- فقال: إنما نحمل الأمر على الاستحباب في حين تعذر حمله على الوجوب، وكذلك إنما نحمل النهي على الكراهة التنزيهية بعد تعذر حمله على التحريم والذي هو الأصل،

وكذا هنا إذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه يُحمل على معناه؛ ولأن لفظ العقد المحتمل للتصحيح والتعطيل، الأولى به حمله على التصحيح بل ولا يجوز إلغاؤه[5].

٢-واستدل ابن القيم بقوله: أن العقد إنما يصححه ويبطلِه القصد، فإن كان قصده مشروعاً؛ صُحِحَ العقد، وإلا فلا، فالقصد أولى في الاعتبار من اللفظ، فإنما قَصدُ اللفظ؛ المعنى، فمقصود العقود معانيها، لا سيَّما إذا دلت عليها القرائن، فإن أُلغيت، كان إلغاء لما يجب إعتباره، واعتبار لما جاز إلغاؤه_أي اللفظ_ فكيف نعتبر ما كان واضحا كل الوضوح أن المراد خلافه؟![6].

---

[1] أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي، **شرح معاني الآثار**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٣٩٩، تحقيق محمد زهري النجار، ج٢ ص١٧٢.

[2] أحمد ياسين القرالة، **تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي**، -بحث -مجلة الشريعة والقانون، عدد٣٩، لعام٢٠٠٩، ص٣٤٤.

[3] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج١١، ص٢.

[4] ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص١٠٦.

[5] يحيى بن شرف النووي، **المجموع شرح المهذب**، دار الفكر، بيروت، ط١: ١٩٩٧م، ج٩، ص١٦٣، تاج الدين السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص ١٧٦، أبو بكر الحصني، **القواعد**، ص٤١٨.

[6] ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص٩٤.

واستدل ابن تيمية بأدلة قاعدة (العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل) على هذه القاعدة بجامع أن القصود هي المعتبرة- إلا أنها قد تكون نفس القاعدة لكن مضاف إليها الفعل- فإذا تبين المقصود تعلق به الحكم أيا كان اللفظ أو الفعل المعبر عنه، وكل المعاملات والعادات المباحة والتي فيها مصلحة راجحة يقوم بها الناس كيف شاؤوا مالم تحرم ذلك الشريعة، فيبقون به على الإطلاق الأصلي[1]، وكذلك يُستدل عليها بعموم أدلة القاعدة الأم (الأمور بمقاصدها).

المطلب الثاني – القول الثاني وأدلته

القول الثاني ومن قال به:

وهذا القول على أن العبرة في العقود للصيغ والألفاظ[2]، ويعبرون عنه بالظاهر أحيانا، وهو قول الشافعية في الراجح من المذهب[3]، فذَكر النووي في المجموع أن الاعتبار بظاهر العقود لا بما ينويه العاقدان[4]، وكما سبق فهو قول الشيخان_الرافعي والنووي- عندهم، وقول في مذهب أحمد[5]، قال ابن تيمية: "الأصل في العقود أنها لا تصح إلا بالصيغ والعبارات... وهذا ظاهر قول الشافعي، وقول في مذهب أحمد يكون تارة رواية منصوصة في بعض المسائل، كالبيع والوقف، ويكون تارة رواية مخرجة: كالهبة والإجارة"[6].

وذكروها بلفظ (العبرة في العقود بالألفاظ)[7]، وكذلك المذهب الشيعي وإن أوردوا القاعدة إلا أنهم لا يأخذوا بالمعنى الصريح لها، بل على العكس فهم يوجبون الأخذ بالألفاظ والمباني فقط، فأوجبوا للعقود استخدام الألفاظ الصريحة الدالة على ما وضعت له، فالبيع للبيع وإن أريد به الإجارة؟؟ وقالوا أن هذه الألفاظ الصريحة لا يصح فيها المجاز والكناية، بل يكون غلطا ويقع العقد باطلا بوجود قصد مخالف لما وضعت له هذه الألفاظ[8].

أدلة القول الثاني:

أولا:- القرآن الكريم:-

١-قول الله –جل في علاه- على لسان نوح عليه السلام:{ وَلاَ أَقُولُ لَكُمْ عِندِي خَزَآئِنُ اللّهِ وَلاَ أَعْلَمُ الْغَيْبَ} [سوة هود: ٣١] وقوله تعالى { وَلاَ أَقُولُ لِلَّذِينَ تَزْدَرِي أَعْيُنُكُمْ لَن يُؤْتِيَهُمُ اللّهُ خَيْراً اللّهُ أَعْلَمُ بِمَا فِي أَنفُسِهِمْ إِنِّي إِذاً لَّمِنَ الظَّالِمِينَ} [سوة هود: ٣١].

وجه الدلالة: اعتبر الظاهر في ترتيب الحكم عليهم وأسند الباطن وعلمه إلى الله وحده، وهذا يلغي اعتبار القصد ويُظهر اللفظ[9].

ويرد عليه: هذا صحيح في العقيدة والإيمان، حيث لا يعلم حقيقة ذلك إلا الله، لكن في المعاملات والعقود إذا رافق اللفظ قرينة تدل على غير المعنى الظاهر للعقد، صار إلى مقصد العاقدَين اللذين ما عقداه إلا لهذا القصد، لا لمجرد اللفظ.

٢-قول الله –جل في علاه- {وَلاَ تَقْفُ مَا لَيسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ} [سورة الإسراء: ٣٦]

---

[1] ابن تيمية، **القواعد النورانية**، ج٢، ص٣٠٣-٣٠٧. عطية رمضان، **موسوعة القواعد الفقهية**، ص٩٥.

[2] علاء الدين الطرابلسي الحنفي، **معين الحكام**، ج٢، ص٢٠٠.

[3] الزركشي، **المنثور**، ج٢: ص٣٧٤، عبد الحميد الشرواني، **حواشي الشرواني**، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، ج٤، ص٤٠٢.

[4] النووي، **المجموع**، ج٩، ص٢٤٨

[5] ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، ج١، ص٥٥.

[6] ابن تيمية الحنبلي، **القواعد النورانية**، ج١، ص١٠٤.

[7] عبد الحميد الشرواني، **حواشي الشرواني**، ج٤، ص٤٠٢.

[8] آل كاشف الغطاء، **تحرير المجلة**، ص٥٦، عبد المجيد الحكيم، **الكافي**، ص، ١٥٢.

[9] أبو عبدالله الجزائري، **القواعد الفقهية**، ص ٢٥١.

وجه الدلالة: بأن الله –جل في علاه– لم يجعل لنا علما بنيّات الغير ومقاصدهم حتى نعتبرها في حياتنا الدنيوية[1]، فما كان ظاهرا في اللفظ حكم به، والتعويل على النيات مما ليس لنا به علم وهو المنهي عنه هنا.

ويجاب عنه بما أجبنا عن سابقه.

ثانياً:- السنة النبوية:-

١-أخرج البخاري في صحيحه بسنده عن أبي سعيد الخدري – رضي الله عنه– أن النبي –صلى الله عليه وسلم– قال: "إنِّي لم أُومَر أن أُنَقِبَ عن قُلُوبِ النَّاس، ولا أَشُقَ بَطُونَهم"[2].

وجه الدلالة: فإن مقصود الإنسان من العمل أمر باطني لا يعلمه إلا الله، ولم نؤمر بالبحث عنه، فوجب العمل بظواهر الألفاظ لعدم قدرتنا على علم البواطن.

٢-أخرج البخاري في صحيحه بسنده عن أبي هُرَيْرَةَ –رضي الله عنه– قال لَمَّا تُوُفِّيَ رسول اللَّهِ –صلى الله عليه وسلم–، وكان أبو بكر –رضي الله عنه–، وَكَفَرَ من كَفَرَ من الْعَرَبِ، فقال عُمَر –رضي الله عنه–: كَيْفَ تُقَاتِلُ الناس وقد قال رسول اللهِ –صلى الله عليه وسلم–: أُمِرْتُ أن أُقَاتِلَ الناس حتى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إلا الله، فمَنْ قالها فقد عَصَمَ مِنِّي مَالَهُ وَنَفْسَهُ إلا بِحَقِّهِ وَحِسَابُهُ على اللهِ"[3].

وجه الدلالة: أنه ظاهرٌ من الحديثين بيان النَّبي –صلى الله عليه وسلم– أنَّ النِّية أمر لا يعلمه إلا الله ولا يُرتب آثارها عليها إلا هو، فوجب العمل بالظاهر.

ويرد عليه: أن ذلك في العقيدة والإيمان، لا المعاملات والعقود، لاسيما أن في التصرفات و العقود قرائن تدل على أن المقصود خلاف الظاهر.

٣-أخرج البخاري في صحيحه بسنده عن أبي هريرة– رضي الله عنه–، أنَّ أعرابيا قال للنبي –صلى الله عليه وسلم–: " إنَّ امرأتِي وَلَدَت غلاما أسودا"[4]

وجه الدلالة: فقد عرَّض الأعرابي بالقذف ولم يحكم النبي – صلى الله عليه وسلم– عليه بالتعريض، والتعريض قصد خفي، ولكن ظاهر القول لا يصرح بالقذف، بالرغم من وجود قصد التعريض، فحكم النبي مرتكز على ظاهر اللفظ، لا على باطنه وهو القصد .

ويرد عليه: ليس فيه ما يدل على القذف صراحة ولا تعريضا، وإنما كان مستفتيا للنبي فأفتاه بما يشرح صدره، وأين هذا من التعريض البالغ الأذى: إذ قال رجل لآخر: أما أنا فلست بزاني، ولا أمي بزانية؟؟ الذي حدّ به عمر بن الخطاب[5]، فحكم عمر بناء على التعريض والذي هو قصد خفي، غير ظاهر ولا صريح.

فعلى ذلك جاءت فروعهم فقد جاء في المُهَّذب أنه إن قال زوَّجتك ابنتي عائشة ونوى الصغيرة، وقَبِل الزوج ونوى الكبيرة، صح النكاح في عائشة في الظاهر، ولم يصح في الباطن، لأن الزوج قبل في غير ما ذكره الولي[6]، اعتبارا للفظ ومثلها الكثير.

ثالثا :- المعقول:-

أن الأصل في الألفاظ الظواهر، إذ تعبر عن مرادها ومعانيها، ويفهم المراد منها عند إطلاقها، فلا تترك ظواهرها؛ ولهذا لو استُعمل لفظ الطلاق وأريد به الظهار أو عكسه، أخذ باللفظ دون المنوي؛ ولأن اعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ؛ ولأن ألفاظ اللغة لا يُعدل بها عما وضعت له في اللغة فيطلق اللفظ لغة

---

[1] أبو عبدالله الجزائري، **القواعد الفقهية**، ص ٢٥١– ٢٥٢.

[2] محمد البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب المغازي، باب بعث علي بن أبي طالب، ج٤، ص١٥٨١، حديث رقم، ٤٠٩٤.

[3] محمد البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الزكاة، باب البيعة على ايتاء الزكاة، ج٢، ص٥٠٧، رقم الحديث ١٣٣٥.

[4] محمد البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الحدود، باب ما جاء في التعريض، ج٦، ص٢٥١١، رقم الحديث ٦٤٥٥.

[5] ابن القيِّم الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج٣، ١٢٨.

[6] ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو اسحق، **المهذب**، دار الفكر، بيروت، بدون نشر، ج٢، ص٤١.

على ما وضع له ، فكذا ألفاظ العقود؛ اعتبار معناها عدول عن مقصود لفظها، ولأن العقود تَفسد باقترانها بشرط مُفسدٍ، ففسادها بتغيير مقتضاها أولى[1].

ويرد عليه: أنَّ اللفظ معبر عن معناه وهذا ما نقول، وإنما قَصدُ اللفظ المعنى، فإن لم تعبِّر ذات اللفظة عن مقصودها المراد الذي وضعت له؛ كان لابد من اعتبار القصد الذي دلت عليه القرائن المحيطة بها.

المطلب الثالث – المناقشة والترجيح

المناقشة :-

فكما سبق أن لكل من المذهبين أدلة وردودا من المذهب الآخر، فأدلة القول الثاني النصية تدور حول النية وأنها أمر قلبيّ لا يعلمه إلا الله ولم نؤمر بالبحث عنه، وهذا لا يختلف فيه اثنان في العبادات، لكن إذا صار كذلك في المعاملات وتركنا الأمور على ظواهرها حتى وإن بدى لنا خلافها، لأصبحت أمور الناس معقدة وفي ذلك الظلم الكبير، وأخذ بمخالف المراد، ونحن لا نقول بالنية بلا قرينة، فبغير القرينة (الأصل في الكلام الحقيقة).

أما قولهم أن النبي لم يحكم بالتعريض، فغير صحيح لأنه لم يكن تعريضا أصلا بل مجرد استفتاء، وقد حد على التعريض عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- لمن قال: أما أنا فلست بزان[2]، وفي معقولهم أننا نهمل اللفظ ونعدل عن مقصود اللفظ إلى المعنى الذي يفسد العقد الذي غير مقتضاه، وهذا غير ما نقول، فنحن لا نترك اللفظ ونهمله بلا مغزى بل لقرينة أوضحت المراد الحقيقي للعاقدَين.

ولو أننا لم نكترث لمراد العاقدَين الأصلي، وأجرينا العقد على ظاهره لكان خلاف مقتضى العقد لا العكس، ولسنا ممن يدعوا للقصد المبني على أساس الوهم والظن المجرد، أو أشياء مغيّبة مجهولة، بل بدلائل وقرائن يوضحها الحال والمآل، ومن ذلك ما جاء في البخاري في صحيحه عن أبي حميد الساعدي -رضي الله عنه- قال: "استعمل رسول الله صلى الله عليه و سلم رجلا من الأزد على صدقات بني سليم يدعى ابن اللتبية فلما جاء حاسبه"[3]، فكان ذلك واضحا أنه وكله بجباية الزكاة، دون ورود عقد أو لفظ يفيد عمله هذا والأجرة عليه، ففيه دلالة الحال واضحة على القصد والباعث.

فلا فرق في اختلاف الطرق الموصلة للمراد، ولا يتغير حكمه باختلاف الطريق المؤدية إليه، فقد ذم الله في ذلك فعل اليهود، بل ومسخهم قردة وخنازير لوصولهم لما حرم الله بالحيلة، وبإظهار حله لهم في الظاهر فظاهره الأحد وباطنه السبت[4].

الترجيح:-

فيترجح الاعتبار للقصد وذلك لاعتبارات كثيرة منها:

أولا: صلاح الشريعة ومرونتها تقتضي العمل بالقصد، وذلك بمسوغات كثيرة منها؛ ما هو ثابت في القواعد من (إعمال الكلام أولى من إهماله) المادة ٦٠ من المجلة و (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)، حيث أنهما في دائرة تصحيح التصرف الذي هو أولى من الإبطال، وهو ما نهانا الله -جل في علاه- عنه في عموم هذه الآية فقال:{ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ} سورة محمد: آية٣٣، واتسام الشريعة بالتيسير، كان لابد من العمل بالقصد، لاسيما أن القرائن دلت عليه وأوضحته، فصار مع القرينة كالظاهر فكان اعتبار القصد أولى من اللفظ عند ظهور القرائن الدالة على ذلك، والحاجة الصارفة له من الإهمال إلى الإعمال، ومن التعقيد إلى التيسير في شؤون العباد ومعاملاتهم أجمع[5]، ويؤكد هذا المعنى الفقهاء في عبارات فقهية كثيرة هي أقرب للقواعد[6]، مثل:

أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن[7].

---

[1] يحيى بن شرف النووي، **المجموع شرح المهذب**، دار الفكر، بيروت، ط١: ١٩٩٧م، ج٩، ص١٦٣، تاج الدين السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص ١٧٥، أبو بكر الحصني، **القواعد**، ص٤١٩.

[2] ابن القيِّم الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج٣، ١٢٨.

[3] البخاري، **صحيح البخاري**، باب قوله تعالى{ والعاملين عليها} سورة التوبة:٦٠، حديث رقم ١٤٢٩، ج٢: ص٥٤٦.

[4] عبد الكريم زيدان، **مجموعة بحوث فقهية،(أثر القصود في التصرفات والعقود)**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ص١٩٨٢م، ص٢٦٩

[5] ابن القيم الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص١٢٧.

[6] أحمد ي القرالة، **تصحيح التصرفات الفاسدة**،-بحث -، ص٣٤١

[7] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج١٢، ص٤٢.

الأصل اعتبار كلام المكلف دون إلغاءه[1].

الأصل في عقود المسلمين الصحة[2].

الأصل اقتصار الفساد على قدر المفسد[3].

إعمال كلام المكلف حيث كان له محمل صحيح خير من إهماله[4].

الأصل في تصرف العاقل صيانته عن الإبطال ما أمكن[5].

فعل المسلم محمول على الصحة ما لم يتبين الفساد فيه[6].

فعل المسلم محمول على الصحة ما أمكن وعلى ما هو الأفضل فلا يحمل على الفساد إلا بعد تعذر حمله على الصحة[7].

فعل المسلم محمول على ما يصح شرعا وعلى ما يصح في تحصيل مقصوده وعلى ما هو المستحق عليه حتى يتبين خلافه[8].

تصرف العاقل واجب التصحيح ما أمكن[9].

ثانيا: ولأن الأخذ بالمعنى يوسع دائرة المعاملات والتعامل بين الناس وفيه تيسر للتعامل، ما دام أن العاقدين يفهمان المقصود من العقد، ولأن الرضا في العقد معتبر، والرضا في مثل هذه العقود يكون على المعنى الباطن لا ظاهر اللفظ، (فالاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها)، ومن لم يراع القصود في العقود وجرى مع ظواهرها يلزمه أن لا يلعن العاصر وأنه يجوز له عصر العنب لكل أحد وإن ظهر له أن قصده الخمر وأن يقضى له بالأجرة لعدم تأثير القصد في العقد عنده[10].

المبحث الثالث – القواعد التي تفرعت عنها القاعدة، والقواعد ذات الصلة

هناك قواعد كانت أصولا لهذه القاعدة، وأخرى قريبة من هذه القاعدة وتتصل معها ولو بشيء بسيط في المعنى وردت بالفقه الإسلامي كما ورد بعضها أيضا في مواد القانون المدني الأردني والتفصيل كالآتي:

المطلب الأول – القواعد التي تفرعت عنها القاعدة

تتفرع قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني" عن قاعدة (الأمور بمقاصدها) وإن صح التعبير فهي القاعدة الأم، فالعقود من جملة الأمور الصادرة عن الإنسان، فكما الاعتبار في مجمل الأمور للأحكام القصد والنية، فكذلك تدخل العقود ويعتبر في أحكامها النية والقصد ولا نقول دون الألفاظ بل الألفاظ هي المعبرة عن القصود غالبا[11]، إلا أن هذه عامة في الأمور كلها، وتلك خاصة بالعقود، فبينهما عموم وخصوص، وإن كان الفقهاء يطبقونها على العقد بمعناه العام ، الذي يشمل العقد بمعناه الخاص

---

[1] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠١هـ، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، ج١٨، ص٤٠٢.

[2] محمد بن عبد الله الخرشي، **شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، ج٧، ص١٥٥.

[3] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج١٢، ص٩١.

[4] أحمد بن محمد بن حجر الهيثمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، دار احياء التراث، بيروت، ج٤٢، ص٢٩٠.

[5] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج١٧، ص١٢٨.

[6] السرخسي، **المبسوط**، ج١٠، ص٢٠١.

[7] السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص١١٨.

[8] السرخسي، **المبسوط**، ج١٢، ص٤٤٣.

[9] السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٧٧.

[10] ابن القيم، **اعلام الموقعين**، ج٣، ص٩٥.

[11] محمد شبير، **القواعد الكلية**، ص١٢١

المكون من إرادتين ، ويشمل كذلك ما كان بإرادة واحدة كالطلاق وإجازة التصرفات، والنذر، وغيرها[1].
وغيرها[1].
وكذلك قاعدة (إعمال الكلام أولى من إهماله) المادة ٦٠ من المجلة ذات صلة كبيرة وتشترك معها حتى في كونها القاعدة الأم في تفسير العقد كما أن فوده ذكرها دون قاعدة (العبرة في العقود..) من القواعد الأساسية للتفسير[2]، ومحلها إذا استوى الإعمال والإهمال أو تقاربا في الكلام فالمعتبر الإعمال ما استطعنا، فالإعمال أولى من الإهمال.
فقاعدة (العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للألفاظ والمباني؟) فرع لها، بدليل أن تلك في إعمال لفظ أمكن حمله على أحد معانيه، وهذه خرجت عن اللفظ بالكليّة، فالأولى والأقرب أنها فرع لها، فالمعنى الذي يصار إليه لا بد من أن يكون بينهما علاقة وإلا فكيف يحمل على ناءٍ عنه بالكليّة؟ فذلك كاللغز ولا يعتبر، وعليه، فإن دار العقد بين طرح وإلغاء أو حمله على معنى آخر يُصحِحه، فحمله على ما يُصحِحه أولى[3].
وكذلك مما له صلة بها، بل وتكون قاعدتنا فرعا لها؛ قاعدة (لا ثواب إلا بالنية)، فالنية هي الإرادة القائمة بالفعل ولولا النية لما كان هناك الفعل أو الثواب.
فالنية كما ذكر القرافي: (هي قصد الإنسان بقلبه ما يريده بفعله)[4] و قال ابن القيم هي ذات القصد، بالرغم من أنه ذكر فرقين بينهما، أولهما: أن النية متعلقة بالشخص ذاته، أما القصد فمتعلق بفعل الشخص ذاته وغيره، فالقصد أشمل، والثاني: أن القصد في الفعل المقدور عليه، والنية تكون في المقدور عليه وغير المقدور عليه، فقد ينوي إن حصل له الشيء غير المقدور عليه واقعيا أن يفعل ويفعل..، وهذان الفرقان غير مؤثرين في قاعدتنا في شيء، والأصح أنهما واحد[5]، فهذه القاعدة عامة في النية وأغلبها في اعتبار النية ديانة أي المتعلقة بالإيمان، وتتفرع عنها قاعدتنا، فهذه في عموم الأفعال المتعلقة بالنية، وقاعدتنا في خصوص العقود وبعض التصرفات المختلف في دخولها تحت هذه القاعدة والمتعلقة بالنية والقصد.

المطلب الثاني – القواعد ذات الصلة

العلاقة بين القاعدة وقاعدة (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز)

فالحقيقة: هي اللفظ المستعمل فيما وضع له[6]، والمجاز هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له لقرينة[7].
ومعنى القاعدة إذا كان إعمال الحقيقة غير ممكن، إما لتعسر أو تعذر أو لهجران، فلا يصح إهماله مادام حمله على المجاز ممكنا[8]، كقوله وقفت على أولادي وليس له أولاد، يحمل على المجاز أي على أحفاده.
وفيها أن: (الأصل في الكلام الحقيقة) ثم (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز) وقد دمجهما القانون فوردت فيه المادة (٢/٢١٤) من القانون المدني الأردني (الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على الحقيقة) والصياغة الأولى أضبط وأجزل، حيث أن الإنتقال للمجاز في حال تعذر الحقيقة واجب وليس جائزا[9] ؟ لأن المجاز عندئذٍ يتعين طريقا لإعمال الكلام، واجتناب

---

[1] مصطفى الزرقاء، **شرح القواعد**، ص١٣.
[2] عبد الحكم فودة، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١، ١٩٨٥، ص١٠٥.
[3] تاج الدين السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص ١٧١-١٧٥، ياسين الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**،ج١، مجلد ١، القسم٣، ص٢٢٧.
[4] أحمد شهاب الدين بن إدريس القرافي ت ٦٨٤، **الذخيرة**، دار الغرب، بيروت، ط١، ١٩٩٤م، تحقيق محمد حجي، ج١، ص٢٤٠.
[5] محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ابن القيم الجوزية، **بدائع الفوائد**، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الطبعة الأولى ، ١٤١٦ – ١٩٩٦، تحقيق هشام عبد العزيز عطا، ج٣، ص٧٠٨.
[6] الاسنوي، **التمهيد**، ج١، ص١٨٥.
[7] السبكي ، **الإبهاج**، ج١، ص٢٠٧
[8] أحمد الزرقا، **شرح القواعد**، ج١، ص١٨٥.
[9] أحمد ياسين القرالة، **القواعد الفقهية في القانون**، ص١٩.

إهماله[1] كما سبق توضيحه، وهو ما أوجبته المادة (٢١٦) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنَّ: (إعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل).

و(الأصل في الكلام الحقيقة) مستخدمة في القانون في حالة وضوح عبارة العقد، حيث لا تفسير هناك على الراجح فهو نص يؤكد حرية التعاقد واحترام إرادة المتعاقدَين، فالحقيقة-أو النص والكلام- ماهي إلا وسيلة تعبير عن الإرادة الباطنة، بدلالة أنه عند عدم إمكانية الأخذ بالنص يصار للباطن الذي هو الأصل الذي عُبر عنه بإخفاق فإما إتفاق الإرادتين بتعبير الظاهر عن الباطن، وإما المجاز أو الإرادة الباطنة[2].

فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز، مع كونه محتمل للحقيقة، ولا يتعارض مع القاعدة، حيث أننا لا نلجأ للمعنى إلا عند عدم الحقيقة وعدم الجمع، مثل أن يوصي لزيد، وهناك زيد وولده، فاستحقاق الوصية للأصل ولا تنتقل للفرع إلا عند عدم الأصل، وهو ما خرجت به قاعدتنا عندما أوجبت المقصد في تعذر الحقيقة، فهذه القاعدة شرط لقاعدتنا.

العلاقة بين القاعدة وقاعدة (دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه):

ومما له صلة وثيقة بهذه القاعدة كذلك، قاعدة: (دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه) أي يحكم بالظاهر فيما يتعسر الوصول الى حقيقته[3]، فالمعنى المقصود والقائم بذاته أو بقرينته، هو الدليل على مراد العاقدين، فيناط الحكم بالدليل، فوجوده دليل على وجود الأمر الخفي.

ومثالها: إذا أوجب أحد الفريقين البيع وقبل أن يقبل الآخر، ظهر منه قول أو فعل يدل على الإعراض، يبطل الإيجاب، فالإعراض أمر باطني، والأفعال الظاهرة تقوم مقام تلك الأمور الباطنة، فقامت مقام دليلها[4].

فمتى كانت الأمارات الظاهرة معبرة عن الأمر الباطن اعتبرت، وأما إن خالف الظاهر الباطن[5]، فلا يجوز الأخذ بالظاهر، وذلك بوجود دلائل أقوى من الظاهر، فهذا ما عبرت عنه هذه القاعدة، وهو متعلقها بقاعدتنا، فهي قيد في إعمال قاعدتنا لاشتمالها على وضوح القرائن الدالة على المقصد.

العلاقة بين القاعدة وقاعدة (تترك الحقيقة بدلالة العادة).

فقد نصت عليها المادة(٢٢٠) من القانون المدني (تترك الحقيقة بدلالة العادة)، وهذه القاعدة من القواعد المكملة لموضوع القاعدة المتمثل غالبا في تفسير العقد، فهذه القاعدة مخصِّصة لقاعدتنا، وهي إحدى القرائن التي تساعد على الوصول للإرادة الحقيقة للمتعاقدين عند العقد، فلو أنه ذكر التضمين في العقد فعلى الأغلب حملها على المعروف لا على معناها الشرعي الحقيقي كما سيأتي التوضيح.

العلاقة بين القاعدة وقاعدة (لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح).

فكذلك المادة (٢١٥) من القانون المدني الأردني قاعدة (لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح)، لها صلة بالقاعدة، فتعارُض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمنا، يقدم الصريح على الضِمني، ومثالها: لو وهبه في المجلس، ثم أخذ الموهوب دون إذن الواهب حينها، كان إذن الواهب ضمنيا، لكن لو نهى الواهب عن القبض، فهذا صريح تعارض مع الضمني، فيقدم الصريح ولا يصح القبض[6]، وهذه القاعدة أصولية فقهية، فهي من حيث النظر إلى الدليل الذي يتوقف عليه تقرير الحكم: قاعدة أصولية، ومن حيث تعلق الحكم بأفعال المكلفين: قاعدة فقهية[7]، فالدلالة معبرة عن الإرادة الباطنة والقصد، بشرط امتناع الصريح، فهي شرط كذلك في إعمال المقصد الوارد في قاعدتنا.

---

[1] الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص١٠٠٤ الفقرة ٦١٧.

[2] بشار عدنان ملكاوي، **نظرية العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة**، -بحث -، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد٣٣، العدد٢، ٢٠٠٦م، ص٢٩٠

[3] صبحي المحمصاني، **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية**، دار العلم، بيروت، ط٢، ١٩٧٢م، ص٤٨٢.

[4] علي حيدر، درر الحكام، ج١، ص١٢٠.

[5] أحمد القرالة، **قاعدة" دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"** بحث، ص١١٨.

[6] **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، مطبعة التوفيق، عمان، ج:١، ط١، ١٩٨٠م، ص٢٤٤-٢٤٥، المادة ٢٤٠.[6] ياسين محمد الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، دار وائل للنشر، عمان، ط١، ٢٠٠٢م، ج١، مجلد ١، القسم٣، ص٢٢٦

[7] محمد بكر اسماعيل، **القواعد الفقهية**، ص٥٠.

العلاقة بين القاعدة وقاعدة (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة) المادة (٢١٨) من القانون المدني.

فالمطلق -ما دل على شائع في جنسه- يبقى على إطلاقه مالم يقيد بصفة (كفرس عربي) أو حال (كدخلتُ راكبا) أو أي قيد آخر[١].

ومثالها: لو أعار شخص مال لآخر ولم يحدد نوع الانتفاع بالعارية، للمستعير أن ينتفع بها كيفما شاء إذ لم يقيد ذلك بشرط[٢].

فهذه القاعدة كذلك ذات علاقة حيث إننا لاننتقل للتقييد بلا دليل هنا، وكذلك فنحن لا ننتقل في قاعدتنا من اللفظ إلى المعنى إلا بدليل، وقد يكون المعنى المنتَقل إليه، مقيدا للمطلق بالدليل، فيصار إليه دون اللفظ.

العلاقة بين القاعدة وقواعد العرف.

ومنها المادة (٢٢٤) من القانون المدني(المعروف عرفا كالمشروط شرطا) والمادة (٢٢٦) منه (والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص) وهي ضمن تفسير العقد، حيث أنه إذا حصل إشكال في لفظة في العقد وكان كل من المتعاقدين يدعي معنىً، وكان العرف مؤيدا لمعنى ذكره أحدهما سار القاضي معه، فالقصد المدَّعم بالعرف معتبر في التفسير للعقد عند النزاع، فالعرف أحد القرائن الدالة على القصد عند تعارض اللفظ والقصد، كما سيأتي في مبحثه.

العلاقة بين القاعدة وقاعدة(مقاصد اللفظ على نية اللافظ إلا في يمين القاضي).

والقاعدة (مقاصد اللفظ على نية اللافظ إلا في يمين القاضي)[٣] واضحة في كون المعتبر في الألفاظ مقاصدها التي أرادها ونواها اللافظ، وذلك سيتضح في مستثنيات القاعدة يمين القاضي، خوفا على الحقوق من الضياع، فلا يصح أن يحلف بنية الحالف بل بنية القاضي المستحلِف، فكذلك هذه عامة بكل لفظ، عقد كان أو تصرف، وتلك خاصة.

العلاقة بين القاعدة وقاعدة (العبرة بالإرادة لا باللفظ).

والقاعدة (العبرة بالإرادة لا باللفظ) ذكرها ابن القيم وتوسع في إيضاحها: حيث أن الإرادة تصرف العموم إلى الخصوص، والعكس، فلو قال في حين سؤال من غيره تفضل للغداء فقال: والله لا أتغدى، صَرفت الإرادة عموم اللفظ إلى خصوصه الدال على هذا الموقف بذاته، لا مطلق الزمان[٤].

فالعارف بعد الحديث يقول: ماذا أراد بهذا الحديث؟؟، والظاهري يقول: ماذا قال؟؟، فهو ما ذمه الله تعالى على من خرج من عند رسول الله -صلى الله عليه وسلم- حيث قالوا: { مَاذَا قَالَ آنِفاً} سورة محمد: آية١٦، وغلظ عليهم بهذا القول رب العباد فقال: {فَمَا لِهَؤُلاء الْقَوْمِ لاَ يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثاً} سورة النساء: آية٧٨، فذم من لم يفقه الحديث والفقه أخص من الفهم حيث أنه: العلم بمراد المتكلم من كلامه[٥]، وهذه القاعدة أيضا عامة، فبينها وقاعدتنا عموم وخصوص، إذ قاعدتنا في العقود.

العلاقة بين القاعدة وقاعدة (المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في القربات والعبادات)

فهذه القاعدة تعني أن القصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما ويبنى عليه آثاره الدينية والدنيوية، فبيع السلاح لمن أراد قتل المسلم فيه، باطل، وإن سدّ دين أخيه قاصدا التبرع، ليس له مطالبته بالسداد[٦]، فعلى النية يكون الحكم، وكما هي معتبرة في العبادات فكذلك اعتبارها في التصرفات، وهي أعم من قاعدتنا، فكما سبق أن التصرفات أشمل من العقود، فالعقود جزءٌ من التصرفات القولية، إلا أنها قد تكون معبرة أكثر لما هو وارد في القانون المدني حيث أنه لم يقتصر على اعتبار القصد في العقود والتصرفات، بل وفي كل العبارات.

---

[١] أحمد الزرقا، **شرح القواعد**، ج١، ص٣٢٢.
[٢] على حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص١٠٩.
[٣] محمد بكر اسماعيل، **القواعد الفقهية**، ص٤٨.
[٤] ابن القيم، **اعلام الموقعين**، ج١، ص١١٨.
[٥] ابن القيم، **اعلام الموقعين**، ج١، ص١١٩.
[٦] ابن القيم، **اعلام الموقعين**، ج٣، ص٩٥.

العلاقة بين القاعدة وقاعدة:(إذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم)[1].

حيث أنّ إرادة النفوس إنما تظهر بالقول أو الفعل الدالان عليها، وإلا لاستعصى الأمر وغلبت المشقة على معرفة القصد والإرادة فلا بد للحكم من دلالة إما قولية وإما فعلية حتى يترتب على التصرف أثره وإلا فظاهر اللفظ أولى من إرادة خفية غير ظاهرة بأي دلالة من الأدلة.

فقد عول ابن القيم[2] على القرينة فعلا في هذه القاعدة وحين قسم الألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المكلفين ونياتهم إلى ثلاثة أقسام هي:القسم الأول: أن يكون اللفظ مطابقا للقصد ويعرف بالقرائن الحالية واللفظية، فهنا اللفظ وقصده واحد وأيهما اعتبر سيان، والقسم الثاني: أن يكون اللفظ غير مطابقا للقصد، ويُظهر قصده قرائن؛ وهو نوعان: أولا: أن لا يكون المتكلم مريدا لمعنى اللفظ ولا لغيره: كالمكره والنائم والمجنون ومن اشتد به الغضب والسكر، فلا يعتد بلفظه، لأنه لا يقصده، وثانيا: أن يكون مريدا لمعنى يخالفه، كالمعَرِّض والمورِّي والملغز والمتأوِّل، فيُحمل على المعنى لا على الظاهر، أما القسم الثالث: فهو ما هو ظاهر معناه، لكن يحتمل إرادة المتكلم له ويحتمل إرادة غيره، ولا دلالة على واحد من الأمرين[3].

وعليه فإن القاعدتان متساويتان في اعتبار القصد مع قرينته، وإن كانت هذه أعم في الأمور كلها من قاعدتنا.

العلاقة بين القاعدة و قاعدة (الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد).

كما جاء في القانون المدني الأردني قواعد لم ترد بنصها في الفقه بل لِما يوازيها بالمعنى فالمادة (٢١٣) من القانون المدني تقول: (الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد) لم ترد هكذا في كتب القواعد الفقهية، لكنها مفهومة من مبحث التراضي فيها، أصلها قول قريب لابن تيمية[4]: "الأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد"[5]، ولا يخفى أن ارتباطها شديد مع القاعدة، حيث أن الرضا دليله اللفظ وعبر عنه الإيجاب والقبول، وحيث أنهما لم يوفقا باختيار ما يعبر عن إرادتهما وما ارتضياه كان واضحا بقرائن واردة في العقد، فما ارتضياه هو القصد الذي توصلنا إليه بالقرائن، فكان هو المعتبر أي القرائن الدالة على الرضا المقصود في العقد، فالعبرة في العقود للمقاصد التي ارتضياها العاقدين.

المبحث الرابع – مكانة القاعدة في الفقه الإسلامي والقانون

والمقصود بمكانتها هنا أي ما الإرادة المعول عليها في هذه القاعدة، عند وجود لفظ ومعنى مخالف له في العقد؟؟ وبيان علاقة القاعدة بتفسير العقد، وتكييفه، وانعقاده، وذلك بعد العلم بأن وسائل التعبير عن الإرادة هي:التعبير باللفظ، التعبير بالكتابة، والتعبير بالإشارة، والتعبير بالسكوت، وأيُّها احتاجت لتفسير، تفسر بما يتناسب معها، وهذا البحث يقتصر على التعبير باللفظ، وبيان تفسيره، فاللفظ في أصله معبر عن مقصده، ولكن قد يختلف القصد المراد عن اللفظ الظاهر، فما المعمول به حينها؟؟

المطلب الأول – القاعدة وتفسير العقد في القانون المدني الأردني

معلوم أن ركن العقد في الفقه هو (الإيجاب والقبول)المعروف بالصيغة في الفقة و بالرضائية أو التراضي في القانون[6]، وقيامه لا يكون إلا بصحة التعبير عنه؛ لذلك كان لا بد من توضيح طرق التعبير عن الإرادة، ومع أنّ قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) تقتضي كون المقاصد هي الأساس في جميع التصرفات، إلا أنه قد يحصل خفاء لمقاصد المكلف وقد تتعارض بعض العلامات مع ما يدّعيه المكلف في قصده، أو قد لا يكون قد وُفق في استخدام اللفظ المناسب المعبر عن قصده وإرادته.

---

[1] ا بن القيم، **اعلام الموقعين**، ج٣، ص١٠٥، محمد بكر اسماعيل، **القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه**، دار المنار، ط١، ١٩٩٧م، ص٤٥.

[2] ابن القيم الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص١٠٧

[3] ابن القيم الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص١٠٧

[4] ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج٢٩، ص١٥٥.

[5] ياسين الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ج١، مجلد ١، القسم٣، ص٢٢٥.

[6] عدنان السرحان ونوري خاطر، **شرح القانون المدني**، ط٩٥، ص٥٢.

وهذه الصورة هي الغالبة في تطبيقات هذه القاعدة، فكان لهذه الإشكالية في القانون نظريتان لكلٍ منهما وجهة هو موليها لما بين يديه من أدلة ووجهات نظر، وهاتان النظريتان في تفسير العقد – والذي هو "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به[1]"- والذي كان من أول قواعده التفسيرية " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" المادة(١/٢١٤) قانون مدني أردني، ولم يكن لهاتين النظريتين _حسب إطلاعي_ وجود في كتب الفقه الإسلامي، مما استدعى وجود شيء من التوضيح لهما في هذا البحث، ثم بيان موقف الفقه من ذلك، وهما: نظرية الإرادة الباطنة، ونظرية الإرادة الظاهرة، فما المقصود بهما؟؟ وعند تعارضهما هل نقدم الإرادة الحقيقية-الباطنة- أم نلتزم حدود التعبير أي الإرادة الظاهرة؟.

أولا :- نظرية الإرادة الباطنة.

الإرادة في اللغة: المطلب والمراد[2].

الإرادة في الاصطلاح: هي نفس المشيئة[3]، وقيل هي الميل مع الشعور[4].

والمراد بالإرادة الباطنة: ما تتفق عليه النية ويعزم به القلب، وهذه النظرية ترى أن الإرادة هي لب التصرف وجوهره، وما اللفظ إلا ثوب يتدثر به جوهر العمل، والتعبير هو دليل هذه الإرادة ويقبل إثبات العكس، فإذا قام الدليل على أن التعبير لا يطابق الإرادة كانت العبرة بالإرادة[5].

فالإرادة الباطنة هي المعوّل الأساسي في الآثار القانونية في أي عقد أو تصرف قانوني، وتوضح هذه النظرية مكانة الإرادة الظاهرة منها، حيث أنها تعتد بها ما دامت موافقة ومطابقة للإرادة الباطنة، فإن خالفتها لا يعتد بها وتترك[6]، فالعبرة ليست بالرداء بل (بشخص) من يرتديه فكذلك وجب التعويل على (الإرادة الحقيقية)[7]، وذلك لكون إرادة المتعاقدَين هي الخالقة للإلتزام والمحددة لمداه، وجب البحث عنها، فما مظهر التعبير عنها-اللفظ- إلا دليلا عليها، فمتى خالفها مظهرها؛ لم يراعى، وأخذ بالجوهر المقترن بدليله[8].

وأكد هذا عبد الحكم فوده فقال: أن القاضي لا يعدل عن المعنى الحرفي إلا بعد أن تثبت أمارات تكشف عن إنقطاع الصلة بين الألفاظ والأفكار التي تعبر عنها فلا بد من سند حقيقي يدل على الإرادة الباطنة، وذلك عند أحدى الحالات الملجئة للتفسير منها الغموض، أو تنافر المعنى الحرفي للألفاظ الواضحة مع نية الطرفين، أو تنافر الشروط الواضحة للإتفاق، وكلها تجمع بعدم التطابق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة[9].

وبالإرادة الباطنة – أي بالإرادة الحقيقية للمتعاقدَين مع الدليل- أخذ القانون المدني الأردني في بعض مواده، ففي تكوين العقد حرص على إرادة بعيدة عن الإكراه والغلط، واعتد بالباعث الذي كان موجِّها لإرادة العاقد على التعاقد، وفي تفسير العقد في حالة غموض عبارة العقد المادة(٢/٢٣٩) حيث أوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، والحديث عن النية المشتركة ليس إلا حديثا عن الإرادة

---

[1] عبد الحكم فودة، **تفسير العقد في القانون**، ص١١.

[2] ابن منظور، **لسان العرب**، ج٣، ص١٩١.

[3] علي العدوي، **حاشية العدوي**، ج١، ص٢٩٥.

[4] علي السبكي، **الإبهاج في شرح المنهاج**، ج١، ص٢٨٣.

[5] عبد المنعم فرج الصده، **مصادر الإلتزام**، دارالنهضة، القاهرة، ط١: ١٩٩٢، ص٩٤، وحيد الدين سوار، **التعبير عن الإرادة**، ص٢٨١.

[6] يعقوب الباحسين، **قاعدة الأمور بمقاصدها**، ص١٢٩.

[7] حسن الذنون، ومحمد الرحو، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، ص٤٩.

[8] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات**، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط١، ١٩٣٤، ج١:ص١٦٨، عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد**، دار النهضة، بيروت، ط١، ١٩٧٤، ص١٠١.

[9] عبد الحكم فودة، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، ص٦٣-٦٥.

الباطنة وتحقق منها[1]، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات، وغير ذلك من أمور واضحة تشدو بالإرادة الباطنة.

والمادة (٢١٣) من القانون المدني الأردني: (الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزاماه في التعاقد)، الداعية للرضا في العقود[2]، فهذا الاتجاه لا ينظرون فيه للعبارة إلا إن لم يوجد ما يخالفها، فإن وجد المخالِف اعتبر، وألغيت العبارة.

وإيراده قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد..) في المادة (٢١٤) التي معناها إن لم تدل الألفاظ على إرادة المتعاقدين الحقيقية تكون العبرة بما قصداه لا بمدلول اللفظ فقط[3] والتي تحمل المعنى نفسه[4]، وأخيرا وأخيرا عند عدم التوصل لإرادة متفق عليها ويحكم القاضي بعدم إتحاد الإرادة ما هذا إلا إعتداد من القانون بالإرادة الباطنة في تفسير العقد عامة وبهذه القاعدة خاصة[5].

وبها أخذ القانون الفرنسي المادة١١٥٦، بإيجاب البحث عن نية المتعاقدين دون الوقوف على المعنى الظاهر للفظ، وكذلك القانون المصري في المادتين: ١٣٨و١٣٩، حيث أوجب البحث عن الغرض الحقيقي للعقد بصرف النظر عن الألفاظ المستعملة فيه[6]، فالعبارات وصفت عقد، وقصد العاقد عقدا آخر، وقامت على هذا القصد القرائن سرنا للمقصود إعمالا للإرادة الحقيقية الباطنة[7].

ثانيا:- الإرادة الظاهرة

هي التي تبرز بالتعبير أو ما يقوم مقامه[8]، وترى النظرية أن المعول إليه في جميع التصرفات والعقود هو الإرادة الظاهرة، حتى لو لم تتفق مع نيته الكامنة في نفسه، حيث أنها ليست في إطار علم الغير فلا يعلم نيته إلا الله[9]، فالقانون ظاهرة إجتماعية لا نفسية، والإرادة الباطنة إرادة نفسية مغيَّبة عن الوجود، فبالإرادة الظاهرة تستقر المعاملات وتطمئن النفوس، فهي نظرية الإفصاح ظاهرة وليست خفية قاصرة على عمل نفسي، ويكون المظهر الخارجي هو العنصر الذي يرتب الأثر القانوني وليس دليل إرادة[10].

فالعبرة هنا بالتعبير عن الإرادة، فبالتعبير يستطيع القانون وغيره أن يرتب أثره عليه لوضوحه، وهو أكثر طمأنينة وبه تستقر المعاملات[11]، وهو معذور إذ تجاهل الإرادتين المتغايرتين إذ لا يستطيع أن يمسك بهما، ولاكتفاءه بالتعبيرين وعدم عبرته لما وراءهما[12].

فلا يُقبل الإدِّعاء بأن النية تخالف الإرادة التي أعلنت مادام التعبير عنها بهذا النص كان بغير إكراه[13].

وقد أخذ القانون الأردني بها-كذلك في بعض مواده- ففي تكوين العقد يكتفي بالإيجاب والقبول المعبرين عن الإرادة، وفي صيغة العقد إذا كان التعبير فيها بالماضي يعتد بالإرادة الظاهرة، ولا تعارض

---

[1] بشار عدنان ملكاوي، **نظرية العقد في القانون المدني**-بحث، ٢٠٠٦م، ص٢٩١

[2] وحيد الدين سوار، **الإتجاهات العامة**، ص٩٨.

[3] ياسين محمد الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ج١، مجلد١، القسم الأول، ص١٨٧.

[4] محمد وحيد الدين سوار، **الإتجاهات العامة**، ص٩٨، وعقب على القاعدة في الهامش قول للسنهوري: أنها لا تفيد اعتداد الفقه الإسلامي بالإرادة الباطنة، وقد أحسن فعلا المشروع الموحد عند إغفاله لها واكتفاءه بالمادة (٢٥٠) المتفقة مع المادة (٢٣٩) أردني – من باب أن القواعد مكانها شروح الفقه لا القانون، لأن الفقه في اصطلاحه المعاصر ينصرف إلى ما هو غير ملزم خلافا لاصطلاحه القديم المتصف بالتشريع والإلزام.

[5] بشار ملكاوي، **نظرية العقد في القانون** ، -بحث -، ص٢٩١.

[6] عبد الرزاق السنهوري، **شرح القانون المدني**، ص١٦٩.

[7] بشار ملكاوي، **نظرية العقد في القانون المدني**، -بحث -، ص٢٩٢.

[8] مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، مطبعة جامعة دمشق، ط١: ١٩٦١م، ص٣٤١.

[9] عدنان السرحان ونوري خاطر، **شرح القانون المدني**، ص٥٨، يعقوب الباحسين، **قاعدة الأمور بمقاصدها**، ص١٣١.

[10] عبد الرزاق السنهوري، **شرح القانون المدني**، ص١٦٩-١٧٠.

[11] حسن الذنون ومحمد الرحو، **الوجيز في النظرية العامة**، ص٤٩.

١٢ وحيد الدين سوار، **التعبير عن الإرادة**، ص ٢٨٢.

[13] عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد**، ص١٠١

بذلك مع قاعدة(الأمور بمقاصدها) و أن (العبرة في العقود للمقاصد..) فهي لا تعني أن نعتد بالإرادة الباطنة، بل بالمقاصد المستخلصة من المباني والصيغ المستعملة، فلا تتجاوز إلى الضمير وماهو كامن في النفس[1]، وكذلك قول البعض أن القانون المدني الأردني إنحاز لها، بما وضحته المذكرات الإيضاحية الأردنية وذلك بقولها إنّ الإعتداد في العقود بالعبارة، لا بالنية وذلك عن أخذها بالإرادة الظاهرة في غلط المتعاقدين[2].

ومع الفرق الواضح بين النظريتين من الناحية النظرية إلا أنهما من الناحية العملية ليس له الأثر الكبير[3]؛ فغالبا لا يفرق بينهما إلا إن قام دليل على أن المراد غير الإرادة الظاهرة وهذا قلما يحدث، وبعد حدوثه فإن الأثر القانوني المترتب عند إهمال الباطن متعلق بالمظهر فقط، أما عند القول بالباطن وإن ارتبط الأثر القانوني به، فلا يُلغي الأثر القانوني للمظهر المخادع حيث يترتب الحق -على من خدع الآخر باستخدامه لفظ وقصده لمعنى آخر قاصدا الخداع_ بالتعويض كما سبق، فعمليا المظهر الخارجي يرتب أثرا في كلتا النظريتين[4].

وهناك من عارض ذلك فقال: إنّ الإعتقاد بعدم وجود فارق عملي بينهما، أمر يجانب الصواب، إذ القول بالإرادة الظاهرة تقييد مانع للقاضي من البحث عن نية المتعاقدين، على عكس القول بالإرادة الباطنة الذي يُمنح القاضي السلطة لذلك، وفي هذا آثار قانونية متناقضة، فلا يجوز القول بالجمع بين النظريتين[5]، إلا أن هذا مردود بما سبق من أدلة.

ويُلاحَظ أن إحداهما لم تستقل بالسيادة وتُغفل الأخرى إغفالا كاملا في أي قانون وضعي[6]، حتى وفي التطبيق العملي فيهما فلم تُغفل إحداهما تماما بل غلبت إحداهما على الأخرى[7]، فالقوانين الحديثة استبعدت الإرادة الباطنة لإغراقها في الفردية، واستبعدت الإرادة الظاهرة لإغراقها في المادية، وتكتفي بإقرار حلول عملية تارة مع هذه وأخرى مع تلك[8].

فبتفسير العقد إذا كانت العبارة واضحة فالإرادة ظاهرة بلا خلاف، ولا يتم الانحياد عنها للباطنة وذلك في القوانين واضح، وخلاف ذلك -بغموض العبارة- إن خالف التعبير(النص) (الإرادة الباطِنة) الحقيقة، فإذا أخذ القاضي بالإرادة الظاهرة فتفسيره معتمد على نص العقد لا نية العاقدين، وإن أخذَ بالإرادة الباطنة عند عدم وضوح عبارة العقد، فإنّ مسألة التفسير تكون مسألة وقائع –أي أنّ كل واقعة لها دليلها-، والفاصل فيها حكم القاضي المعتمد على البحث عن الإرادة، باستخدام ما أقامه القانون من المعايير الموضوعية لذلك؛ كطبيعة التعامل-أي طبيعة التصرف- والعرف الجاري، وغيره، مما يقود القاضي لإرادة تَقرُب الإرادة الظاهرة، كما سيتم توضيحه لاحقا ان شاء الله[9].

خلاصة القول: أن التشريعات الوضعية ومنها القانون الأردني، مزجت وخلطت بين النظريتين عملا بالإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ولم تأخذ بإحداهما دون الأخرى[10].

المطلب الثاني – موقف الفقه الإسلامي من الإرادتين(تفسير العقد)

سبق وأن ذكرنا أنّ مصطلح الإرادة الظاهرة والباطنة لم يُذكر في كتب الفقه، ولكن من مناقشة المسائل ذات الخلاف بين التعبير أو النص والإرادة، ثم ورود قاعدتي (العبرة في العقود..) و(الأمور

---

[1] سوار، **الإتجاهات العامة**، ص٨٦.

[2] وحيد الدين سوار، **الإتجاهات العامة**، ص٨٥-٨٩، **المذكرات الإيضاحية**، ج١، ص٩٥

[3] حسن الذنون ومحمد الرحو، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، ص٥٠، عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد**، ، ص١٠٢.

[4] عبد الرزاق السنهوري، **شرح القانون المدني**، ص١٧٩-١٨٠.

[5] بشار عدنان ملكاوي، **نظرية العقد في القانون** -بحث-، ص٢٨٥.

[6] عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد**، ص١٠٢.

[7] عبد الحكم فودة، **تفسير العقد في القانون**، ص٤٠.

[8] حسن الذنون ومحمد الرحو، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، ص٥٠.

[9] عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد**، ص١٠٣و١٠٦.

[10] إضافة المناقش الدكتور نبيل الشطناوي.

بمقاصدها) اللتين كانتا مثار جدل عند تفسير التصرف في الفقه الإسلامي[1]، كان من اللازم بيان آراء الفقهاء فيها، والذين كانوا على ثلاث اتجاهات، ولأن الذين أشاروا لموقف الفقه من ذلك، اعتمدوا على الخلاف الحاصل في قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) السابق ذكرة، ولعدم التكرار أذكر فقط الإتجاهات دون الأدلة، وذلك لتوضيح من قال من المعاصرين بهذه الإتجاهات:

الاتجاه الأول: أنصار الإرادة الباطنة

أخذ مذهب الحنابلة[2] بالإرادة الباطنة وكذلك مذهب المالكية[3]، والحنفية[4]، حيث أن مفهوم القصد في فروع المذاهب مساوٍ لمفهوم الإرادة الباطنة في القانون[5]، ومن المعاصرين الذين اعتقدوا أن الفقه أخذ بالإرادة الباطنة (صبحي المحمصاني)[6]، مستدلين ببعض قواعد المجلة التي أكدت ذلك كالقاعدة الثانية : (الأمور بمقاصدها) والقاعدة الثالثة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفظ والمباني)، حيث أنها بمثابة تقنين للفقه حسبما ارتآه المذهب الحنفي[7].وإن اختلف الفقهاء في ترجيح المعنى أو اللفظ عند التعارض، إلا أنهم على الأغلب رجحوا المعنى إلا إذا تعلق بالظاهر حق الغير، أو استحال الوصول للحقيقة، فحينئذ يضطر العمل بالظاهر وذلك على سبيل الاستثناء[8].

الاتجاه الثاني: أنصار الإرادة الظاهرة

فهؤلاء الناظرون للعبارة ويعملون بمقتضاها، ولا ينظرون لما يخالفها على أغلب الأحوال، منهم المذهب الشافعي[9] فهو من أنصار الإرادة الظاهرة عند الخلاف بين اللفظ والإرادة على الأرجح والغالب على المذاهب، ومع عدم إغفالهم للإرادة الأخرى[10]، بمجموع الأدلة الواردة بترجيح الصيغ على المعاني عندهم كما سبق، ومن أنصار هذا المذهب من المعاصرين (عبد الرزاق السنهوري)[11] حيث اعتقد أن الفقه الإسلامي أخذ بالإرادة الظاهرة، وكان (وحيد الدين سوار)[12] ممن اعتقد ذلك ففي كل الأمثلة يعول الفقه على الإرادة الظاهرة ثم في الأمثلة التي عول الفقه عليها للإرادة الباطنة ذكرها تحت عنوان دور الحكم التلطيفي...؟؟؟ مانعا نفسه من القول بأن الفقه اتجاهٌ متوسط بينهما، مستدلين بتعريف العقد بكونه ارتباط إيجاب بقبول المعبران عن إرادة العاقدين بظهور ووضوح[13]، وهذا ما ورد في الأصول فقد وضح الشافعي أن أصل كل عقد صحيح هو الظاهر، فلا يبطله لا بتهمة ولا بعادة المتبايعين، ويكره النية لهما إذ بظهورها فسد العقد..[14]، مع ما سبق من أدلة المذهب.

فالأمثلة الموردة على القاعدة ليست تستند للإرادة الباطنة بل للظاهرة، فبيع الوفاء رهن وليس نقلا للملكية حقيقة بالإرادة الظاهرة المؤيدة بالعرف، ومن وهب بمقابل إنتقل العقد للبيع بالإرادة الظاهرة آية ذلك خروج الملكية بمقابل...[15]، فهذه القرائن والتي هي مع وجودها يظهر لنا أن هناك إرادة باطنة،

---

[1] علاء الدين محمد علي مقابلة، **تفسير العقد في القانون المدني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة**، دراسة مقارنة بالفقه، إشراف نائل مساعدة وأحمد القرالة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، لعام ٢٠٠٤، ص٧٧.

[2] ابن القيم الجوزية، **اعلام الموقعين**، ج٣: ص٩٥.

[3] الشاطبي المالكي، **الموافقات في أصول الفقه، ج٢: ص٣٢٣.**

[4] ابن نجيم الحنفي، **البحر الرائق**، ، ج٣: ص٩٤.

[5] عبد الحكم فودة، **تفسير العقد**، ص١٦٤.

[6] صبحي المحمصاني، **النظرية العامة للموجبات والعقود**، ص٢٨٤.

[7] ياسين محمد الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ج١، مجلد١، القسم الأول، ص١٨٧.

[8] صبحي المحمصاني، **النظرية العامة للموجبات والعقود**، ص٢٨٣.

[9] التفتازاني، **شرح التلويح على التوضيح**، ص١٩٥.

[10] عبد الحكم فودة، **تفسير العقد**، ص ١٦٤-١٦٧.

[11] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، ط١: ١٩٥٤م، ج٢: ص٧٧.

[12] وحيد الدين سوار، **التعبير عن الإرادة**، ص٤١٧.

[13] ياسين الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ج١، مجلد١، القسم الأول، ص١٨٧.

[14] محمد بن ادريس الشافعي، **الأم**، ج٣: ص٧٤.

[15] عبد الحكم فودة، **تفسير العقد**، ص١٧٧، السنهوري، **مصادر الحق**، ج٦: ص٣٤.

فتظهرها القرائن، إلا أن هذا الفريق لم يعتد بذلك، بل قال هذه ليست قرائن مظهرة للإرادة، بل هي إرادة ظاهرة بذاتها أو بمتعلقها.
ويقول سوار: ولا يغرنك ما تراه من تعويل على الإرادة الباطنة في بعض قواعد المجلة (كالعبرة في العقود للمقاصد..) إذ تطبيقاتها في الفروع تدعونا لقول(العبرة في العقود للإرادة الظاهرة لا للتفسير الحرفي)، إذ الإرادة ظاهرة لمن وهب بمقابل نتيجة بيع لا هبة بدليل خروجه من ملكه بمقابل، والكفالة دليل كونها وكالة براءة ذمة المدين[1].

الاتجاه الثالث: الموازن بين الإرادتين(الإتجاه المختلط):

وقال فريق ثالث إنَّ الفقه الإسلامي جاء وسطا بينهما، فبينما كانت المذاهب الفقهية مختلفة في اتخاذ الإرادة، فالمالكية والحنابلة والحنفية آخذين بالإرادة الباطنة، ويغلب على الشافعية القرب للإرادة الظاهرة منها للباطنة وإن استخدموا الأخرى في القليل النادر[2]، فتارة اعتد الفريق الثالث بهذه الإرادة، وتارة بتلك، ومنهم(مصطفى الجمال)[3]، و(عبد المجيد الحكيم)[4] الذي قال: أنَّ الفقه الإسلامي في انعقاد العقد وإنشاءه أخذ بالإرادة الظاهرة وفي تفسير العقد أخذ بالإرادة الباطنة عندما أوجبوا البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين[5]، واستدلوا بأدلة منها[6]:

لا يعتد الفقه بالإرادة ما لم يتم إظهارها صراحة أو ضمنا، فالتعبير هو أساس في تعريف وتحديد مناط العقد.

- دلالة التعبير ليست قاطعة الدلالة دائما، حيث يمكن إثبات العكس، أي يثبت العاقد أن إرادته الباطنة مخالفة للظاهرة، فالتعبير يحتمل وجود معنى مخالف للظاهر.

- إذا أثبت العاقد إرادته الباطنة، ذلك لا يعني إهمال التعبير أي الإرادة الظاهرة تماما، بوجود ظروف وملابسات وعرف وعادة وغرض العقد، المعتبرة من وسائل الإرادة الظاهرة.

وهذا ما قد يكون من المنصف فيه، عدم إطلاق إحدى النظريتين على اعتبار أن الفقه دائما مع هذه النظرية مطلقا أو مع تلك، نعم أساس الفقه النية في بناء الأحكام، (فالأمور بمقاصدها)، قد يطرأ الكثير من المسائل المتعلقة بقصد لا لفظ، كانت إرادة العاقدين تنصَب إليه، وفي الحكم على الظاهر ظلم وتعسف، وإهدار الوقت والجهد ثم إفساد عقد، وذلك بالدليل والقرائن كما أكدت القاعدة (دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه) المادة ١٤من المجلة.
كما أنه يمكن الأخذ بالنظريتين، كل في دائرة معينة، فالإرادة الباطنة- ليست الكامنة بالنفس بل تكاد تساوي الظاهرة بدليلها- والتي كانت الصيغة فيها دليل إرادة؛ تحمي من صدرت عنه الإرادة، فدليل الإرادة الباطنة يقوى بها ويخرجها من داخل النفس لعالم الإدراك، ولا يمكن مساواة الصريح (بعتك بكذا) بالكنائي المقترن بدليله (وهبتك كذا بكذا)، فلا نقول عنه إرادة ظاهرة كما أضاف سوار فيما سبق.
فالإرادة الباطنة أولى أن تسود في دائرة الأحوال الشخصية من زواج ووصية، وذلك للزوم احترام الإرادة الحقيقية فيها، وعلى العكس فالإرادة الظاهرة والتي كانت الصيغة فيها أصل الإرادة؛ تحمي من توجهت إليه الإرادة لا من صدرت عنه، فالأولى أن تسود في دائرة المعاملات الإقتصادية والتي مبناها الثقة المشروعة[7]، فالإرادة الحقيقية تعتبر بدلالة القرينة والعرف ظاهرة غير باقية في حيز البطون

---

[1] وحيد الدين سوار، **التعبير عن الإرادة**، ص٥٥٥.
[2] بشار ملكاوي، **نظرية العقد في القانون**، -بحث -، ص٢٨٥.
[3] مصطفى محمد الجمال، **مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية**، الإسكندرية، ط١٩٩٩، ص٥٥.
[4] عبد المجيد الحكيم، **الكافي في شرح القانون المدني الأردني**، ص١٥٠.
[5] عبد المجيد الحكيم، **الكافي في شرح القانون المدني الأردني**، ص٧٩.
[6] ياسين محمد الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ج١، مجلد١، القسم الأول، ص١٨٨.
٧ عبد الرزاق السنهوري، **شرح القانون المدني**، هامش ص١٧٣.

والخفاء[1]، فإذا دل دليل ظاهر على ما كان باطنا خفيا بأن كان الظاهر والباطن إرادة واحدة؛ حينها يسقط اعتبار الخفي ولا ينظر إليه وهذا ما أكدته القاعدة (الأصل في الكلام الحقيقة) المادة ١٢ من المجلة.

أما إذا كان الظاهر مخالف للباطن، أو لم يكن معبرا عنه بحق ووضوح، فلا يجوز الأخذ بالظاهر، لأنه لم يكن مقصودا، وإنما هو أمارة للباطن ولم يُعبَّر عنها كما أريد، وذلك بوجود القرائن الصارفة للباطن عن الظاهر وحينها يترجح الباطن على الظاهر[2] فيصار للمجاز لتعذر الحقيقة.

الراجح:

فبالنهاية قد تحتاج بعض المسائل للحكم فيها بالإرادة الظاهرة، وفي هذه المسائل تمسك الفقه وكذلك القانون بقاعدة:(الأصل في الكلام الحقيقة)[3].

وعلى العكس فقد تظهر حاجة أخرى للإرادة الباطنة، وذلك عند تعذر إعمال الإرادة الظاهرة، فيصارإلى تجاوز المعنى الحرفي بالبحث عن النية أو الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[4]، وهنا تمسكا بقاعدة:(العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) التي مؤداها أنه إذا تعذر إعمال التعبير عن الإرادة يصار للبحث عن الإرادة الحقيقية أي الباطنة[5]، وقد يُلجأ للإثنتين معا في سبيل العدل، وذلك عند الكشف عن سوء نية أحد المتعاقدين فتمسكا بنظرية الغلط وأقرا بقابلية فسخ العقد لوقوع أحد المتعاقدين ضحية[6]، فيكون التعويل للإرادة الظاهرة عند توافقها مع الإرادة الباطنة، أو كانت مغايرة لها لكن لم تقم القرائن لهذه الإرادة الخفية، ويعول على الباطنة إذا قامت عليها القرائن[7]، فلكل مقام مقال، فقد كان هذا إتجاها وسطا بين النظريتين.

وكذلك القول في القانون فعلى الرغم مما جاء في المذكرات من ارتكاز على الإرادة الظاهرة، إلا أن ذلك لا يمكن قبوله على إطلاقه فنصوص القانون لا تؤيد هذا الإطلاق، فتارة تتضح الإرادة الظاهرة، وتارة أخرى الإرادة الباطنة، فالقول أنَّ القانون اعتبرها قاعدة عامة؛ قول غير صحيح[8] فقد تمسك القانون بالإرادة الباطنة كما تمسك بالإرادة الظاهرة فهو وسط بين النظريتين وهو مذهب أكثر تحقيقا لاستقرار المعاملات وتحقيق العدالة[9].

وقد ورد في المذكرات الإيضاحية أنَّ العبرة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة من صيغ وعبارات لا بالإرادة الباطنة من معان ونيات.. ونية المتعاقدين تستخلص من الألفاظ بمعنى واضح في العرف والشرع، وأما إن كان المعنى غير واضح وجب تبيين نية المتعاقدين، وذلك لا يقدح بقاعدتي "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"و "الأمور بمقاصدها"، فليس مقصودهما هو الإرادة الباطنة الكامنة في النفس بل الإرادة المستخلصة من الصيغ والألفاظ والدلائل والعلامات المادية الظاهرة[10]، فالقانون لم يقصد بهما أحد الإرادتين، بل قصد تنبيه القاضي على ألا يقف عند تفسير العقد العقد على المعنى الحرفي له، بل عليه أن يبحث عن النية المشتركة للطرفين[11].

---

١ مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**، ط١٩٦١، ص٣٤٥.

٢ أحمد ياسين القرالة، **قاعدة" دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"** دراسة تحليلية تطبيقية، –بحث – ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد٣١، العدد١، ط٢٠٠٤، ص١١٨، الجوزية: الظاهر إنما يكون دليلا صحيحا إذا لم يثبت أن الباطن بخلافه، فإذا قام دليل على الباطن لم يلتفت إلى ظاهر قد عُلِم أن الباطن بخلافه" اعلام الموقعين ج٣: ص١٤٣ ، المادة ٣ المجلة.

٣ عدنان السرحان ونوري خاطر، **شرح القانون المدني**، ص٦٠.

٤ عدنان السرحان ونوري خاطر، **شرح القانون المدني**، ص٦٠.

٥ ياسين الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ج١، مجلد١، القسم الأول، ص١٨٨.

٦ عدنان السرحان ونوري خاطر، **شرح القانون المدني**، ص٦٠.

٧ عبد الحكم فودة، **تفسير العقد**، ص١٧١.

٨ سوار، **الإتجاهات العامة**، ص٩٩.

٩ ياسين محمد الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ج١، مجلد١، القسم الأول، ص١٨٩-١٩٠.

١٠ **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، ج١، ص٢٤٤.

١١ حسن الذنون ومحمد الرحو، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، ص٥٠.

وفيه الأثر الكبير في التطبيق ومنه؛ الحد من إبطال العقد أو فسخه لتغاير الإرادتين، ثم لما يترتب على ذلك من ضرر على المتعاقدين، وحتى لا ينشأ الحق بالمطالبة بالتعويض للضرر وأي تعويض خير من البقاء على العقد؟![1].

وهذا الإتجاه الوسط هو الذي تمسك به القانون الأردني وغيره من التقنيات العربية الحديثة، لتحقيق العدالة واستقرار المعاملات[2]، ومن ذلك القانون العراقي الذي سبق القانون المدني الأردني، فلما كانت صيغة العقد قاطعة الدلالة(بالماضي- المستقبل) أخذا بالإرادة الظاهرة، ولما كانت الصيغة غير قاطعة، (الأمر – المضارع) أخذا بالإرادة الباطنة[3].

هذا القول في الإرادتين الظاهرة والباطنة في تفسير العقد، أما علاقة القاعدة بتفسير العقد رآها الذنون ضعيفة وتكاد لا تكون، وأمارات ذلك، أن أمثلة كلتا الإرادتين لا تنطبق بوجه من الوجوه على القاعدة، وكذلك أمثلة القاعدة فهي بعيدة كل البعد عن تفسير العقد، فقال الذنون: والواقع إذا رجعنا لشرح الفقهاء لقاعدة "العبرة في العقود.." نجد أن لا علاقة لها أبدا بفكرة الإرادة الباطنة أو الظاهرة بل هو مجرد وهم من نص القاعدة، وإنما تتصل القاعدة بمسألة تكييف العقد..[4]، والقاعدة في تكييف العقد أن ليست العبرة بالوصف المذكور في العقد، فقد يطلق العاقدان وصفا غير صحيح، إما لجهلهم، أو عن عمدهم لإخفاء غرض غير مشروع وهذا ما سنوضحه في المبحث التالي إن شاءالله.

إلا أن ذلك أراه بعيدا، فالقاعدة إحدى قواعد تفسير العقد كما سبق، ولولا التفسير لما كان التكييف ممكنا، ففي قوله (وهبتك هذه بدينار) إذ فسرت كلمة الهبة هنا بالبيع بالقرائن التي تليها..وهي الثمن، وأما علاقتها بتكييف العقد فصحيح ولا يمنع علاقتها بالتفسير كما سنوضحه لاحقا إن شاءالله.

وكما يظهر أيضا نصها علاقتها بتحول العقد لكن بفرق، حيث أن العقد هنا يورد صحيحا على ما سيكيَّف مستقبلا، أما في تحول العقد فيورد العقد فاسدا، وبعد تحويله يصح على العقد الجديد، وهذا الشرط الأول من شروط تحول العقد، والثاني أن يستجمع عناصر عقد آخر، والشرط الثالث: أن تنصرف إرادة المتعاقدين للعقد الجديد.

ولكن لا ننكر وجه الاتفاق بينهما في الانتقال من عقد لآخر، فيتحول العقد إذا استعملا ألفاظا خاصة بعقد، لإبرام عقد آخر توافرت أركانه وشروط صحته، والعبرة هنا للعقد الآخر الذي قصداه، كما جاء في تحول العقد في المادة ١٤٤ من القانون المدني المصري: (إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا، باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد)، ومع ذلك لم يوجد نص مماثل في القانون الأردني يعبر عن تحول العقد، بالرغم من وجود سند لذلك في المادة (٢١٦) المتمثلة بالقاعدة (إعمال الكلام أولى من إهماله)[5]، وعلى ماسبق كله يتضح ترجيح الاتجاه الثالث الموازن بين الإرادتين.

المطلب الثالث – القاعدة وتكييف العقد

كما أن للقاعدة علاقة مع انعقاد العقد حيث أن من أركانه في الفقه الإسلامي الإيجاب والقبول، وفي القانون الرضائية، فإنَّ قصد العاقد في العقد ماهو إلا إرادته وإيجابه للعقد[6]، وكما سبق وأوضحنا علاقة القاعدة بتفسير العقد، كان لابد من بيان علاقتها بتكييف العقد وإن كان يتضح من ذلك أن صلتها بتكييف العقد أقوى من صلتها بتفسيره، إلا أنه لا يكيف العقد إلا بعد التفسير الصحيح للوصول إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وبناءً عليها يكون التكييف.

تكييف العقد: "هو إعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح، والتصنيف الفقهي الدقيق من حيث ماهيته وحقيقته، لغرض تحديد القواعد القانونية التي تحكمه وتنطبق عليه"[7].

---

١ عدنان السرحان ونوري خاطر، **شرح القانون المدني**، ص ٥٩

٢ عدنان السرحان ونوري خاطر، **شرح القانون المدني**، ص٦٠، عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد**، ص ١٠٤.

٣ حسن الذنون ومحمد الرحو، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، ص٥٠.

٤ حسن الذنون، ومحمد الرحو، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، ص٥١.

٥ سوار، **الإتجاهات العامة**، ص٣٣٣.

٦ عبد المجيد الحكيم، **الكافي**، ص١٢٩.

٧ ياسين محمد الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ج١، مجلد١، القسم الثالث، ص٢٣٩

فعلى القاضي أن يكيِّف العقد بناء على ما أسفر عنه تفسيره لإرادة العاقدين، أي يلجأ لإعطاء العقد الوصف القانوني الدقيق، باستخدام عوامل منها: عنوان العقد، ونصوص الإتفاق، والظروف المحيطة بنشوء العقد، وغرض الطرفين من العقد، فالعبرة في التكييف ليست بالوصف الذي يذكره العاقدان، ولا ما يسمونه بها، إذ قد يطلقان وصفا ويريدان آخرا جهلا منهما، أو عمدا –تسمية صورية- لإخفاء غرض ما، وإنما العبرة بالغرض العملي المقصود من الطرفين، أي ما عناه المتعاقدان، فالعبرة في العقود للمقاصد...[1].

فبعد بحث القاضي عن النية المشتركة ودراسته لبنود العقد وكشفه للإلتزامات الأصلية والرئيسية له، يقوم بتكييفه أهو عقد بيع، أم هبة، أم غير ذلك، إقامة لآثار العقد المقصود لا المذكور فحسب، ولا يتوقف تكييف العقد عند عناصره فقط بل يجب عدم تجاهل الإرادة الشخصية أو الجانب الإرادي، لأن العقد تقابل إرادتين لإحداث أثر قانوني، فلا يمكن فصل العقد عن الإرادة وكيفية التعبير عنها، وليس ذلك إحلالا للإرادة محل العناصر بل إتخاذا لها مع العناصر، أي جمعا بينهما، وإن افترقا تقدم العناصر، فإن قصدا البيع ولم يذكرا الثمن لا يكيف العقد بيعا بحالة من الأحوال رجوعا لعناصره[2].

فمفهوم القاعدة والتكييف واحد، وأكد على ذلك الذنون حيث قال: مع إعطاء العاقدين وصفا محددا واضحا للعقد، فالقاضي غير ملزم به عند ظهور اشكاليات، وعليه تكييفه بما يراه مناسبا مع القرائن، فتكييف العقد مسألة قانونية منوطة بالقاضي نفسه (فالوكالة) المضافة إلى ما بعد الموت.. إيصاء، والهبة بشرط.. بيع[3].

ففي أغلب العقود المعاصرة تسمى العقود بتسمية حديثة متناسبة مع حداثتها، إلا أنها في واقع الأمر وتكيفها ترجع لعقود مسماة أصلية، ومن الأمثلة على ذلك، الإجارة المنتهية بالتمليك في حقيقتها المقصودة أنها بيع، كما أن العبرة من إنشاء عقد المشاركة المتناقصة قصد الشراء للحصة كاملة... وهذا ما سيوضح في التطبيقات المعاصرة للقاعدة.

وفي بيع الوفاء يكيَّف العقد..رهنا وفي الهبة بمقابل يكيف العقد.. بيعا، وكفالة مشروطة تكيف..حوالة.

هذه الأمثلة وغيرها كلها كانت من تطبيقات القاعدة، وهذا يبين العلاقة الوثيقة بين القاعدة وتكييف العقد.

المطلب الرابع - اعتبار القصد في القانون المدني الأردني

لم يكتف القانون المدني الأردني في اعتبار القصد في العقود فقط، بل وأضاف للعقود جميع التصرفات والإلتزامات الصادرة من الفرد وكان ذلك جليا في مواده لذلك كان ولا بد من افراده بالتوضيح في هذا البحث ومن ذلك:

فعل المضارع مثلا إذا استعمل وأُريد به الحال (كأبيع وأشتري) ينعقد البيع، أما إن أُريد به الاستقبال لا ينعقد البيع فمقصد الفاعل محدد لحكم اللفظ[4]، فالمضارع حقيقة في الحال، ومجاز في الاستقبال، ولا يحمل على الاستقبال إلا بقرينة[5]، وهذا ما أكدته المواد القانونية فجاء في الوعد المادة (٩٢- صيغة الاستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعدا ملزما اذا انصرف اليه قصد العاقدين).

اعتبر القصدَ معيارا للتعسف، وذلك ما نصت عليه الفقرة أ من المادة (٦٦: في إساءة استعمال الحق

المادة ٦٦-١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع.

٢- ويكون استعمال الحق غير مشروع:-

أ- اذا توفر قصد التعدي.

ب- اذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج- اذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د- اذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.)

---

[1] ياسين محمد الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ج١، مجلد١، القسم الثالث، ص٢٣٩-٢٤٠

[2] ياسين محمد الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ج١، مجلد١، القسم الثالث، ص٢٣٩-٢٤٠.

[3] حسن علي الذنون، ومحمد سعيد الرحو، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، ٢٠٠.

[4] علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٥.

[5] الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج١، ص١٣٦.

فالمعيار في التعسف لا يكتفي بقصد التعدي بل وزيادة على ذلك أن يكون استعماله لحقه زيادة على المألوف، فقد يقصد شخص مع استخدامه لحقه أن يضر غيره إلا أن مصلحته أرجح رجحانا كبيرا من الضرر المتحصل للغير فلا يعد تعسفا، أما إن كان الهدف والقصد الأساسي في استعمال الحق هو الإضرار فهذا ما يعد تعسفا في استعمال الحق، فلو غرس أشجارا في أرضه بقصد حجب النور عن جاره، يعد تعسفا، حتى وإن اتضح فيما بعد أن هناك نفعا له منها، فيُثبت المضرور بجميع طرق الإثبات قصد جاره في إيذاءه، ومنها القرائن المادية[1].

ومن ذلك اعتبار القصد في تحديد مدة التجربة للمبيع، فإن زادت المدة بقصد التجربة ضرورة، بقي له خيار، وإن زاد في استعمال المبيع زيادة تفوق حاجة التجربة وكان قاصدا لذلك لزمه البيع، وسقط الخيار، وهذا ما نصت عليه (المادة٤٧٦:

لا يجوز للمشتري أن يستعمل المبيع في مدة التجربة إلا بقدر ما تتطلبه التجربة على الوجه المتعارف عليه، فان زاد في الاستعمال زيادة لا يقصد منها التجربة لزم البيع).

وأضاف القانون النية للقصد وأنها تقوم مقامه في التأثير على الحكم حيثما كانت حسنة في وجودها، مع القرائن الدالة على ذلك، وهذا ماأكدته كثير من المواد منها:

المادة (١/٣٦٨:- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم).

ومن ذلك اعتبار القصد في الملكية وزوالها، فقد عدَّ القانون من تخلى عن شيء له دون أن يقصد التخلي عن ملكيته، مالكا له، ولم يزل الملكية لعدم القصد، وهذا واضح بمفهوم المخالفة[2] للمادة(١٠٧٧) والتي نصت على أنه: يصبح المنقول بغير مالك إذا تخلى عنه مالكه بقصد التخلي عن ملكيته.

ومن ذلك اعتبار القصد لمن تمسك بعقد قصد إبرامه، لكنه عقده بطريق الغلط، إلا إذا كان عقده متعارضا مع حسن النية وذلك في المادة (١٥٦ /١):- (ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، ٢- ويبقى ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه اذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد).

فكما سبق وأشرنا أن هناك من عرَّف القصد بالنية، فقد كانت كثير من قواعد القانون المدني الأردني تشتمل على حسن النية وسيء النية، فكما كان القصد مؤثرا على الحكم إيجابا وسلبا، فكذا النية، فهما مترادفان في الأرجح، وهما مؤثران أيَّما تأثير على حكم العقد وآثاره، وليست فقط مؤثرة في العقود، بل وفي كل تصرفات الفرد، فالقاعدة في القانون كما اتضح مستخدمة في إطار العقود والتصرفات وحتى في العبارات أجمع، فالنية معتبرة في الحكم كما القصد، مما يجدر بالقانون التعميم في لفظ القاعدة لو أنه شمل هذا الاستعمال بالقاعدة فقال العبرة في التصرفات، أو الإلتزامات أو العبارات، أو مايشمل جميع استخداماته لتطبيقات القصد والنية، حيث أن كثيرا من الفقهاء حصرها على العقود، ومن توسع شملها بالإرادة المنفردة حيث أكد على المعنى العام للعقد، فحرِّي بالقانون أن ينظر في إعادة صياغتها بما يتناسب وتطبيقات القصد والنية أجمع عنده.

المبحث الخامس - أساليب التوصل للقصد والمعنى

أولاً: في الفقه الإسلامي

كما سبق فالفقه الإسلامي اتجاه متوسط بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، لكن تفسير اللفظ عند الحاجة لذلك ليس متروكا لحنكة القاضي، بل لاجتهاد الفقيه حيث أنَّ هناك وسائل تساعد الفقيه للتوصل للإرادة المشتركة للمتعاقدين، فلا بد من قرائن مُرجِّحة وإلا لصرنا إلى اختلال التوازن بين المعاملات فتارة نحكم بكذا وتارة نخالفها بناء على التفسير بلا قرينة أو أساليب محددة ورأيت أن أذكر بعض الوسائل للتوضيح.

المطلب الأول - تعذر الحمل على الحقيقة فيحمل على المجاز والكناية

---

[1] السنهوري، **الوسيط في شرح القانون**، ج١، ص٧٠٣، عبد المنعم فرج الصده، **أصول القانون**، ص٥٧٨.

[2] المخالفة: دلالة اللفظ على ثبوت حكم للمسكوت عنه مخالف لما دل عليه المنطوق، لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم، محمد أديب الصالح، **تفسير النصوص**، ص٩٠٦.

الأصل في الألفاظ معناها الحقيقي إلا أنه في تعذره كان لا بد من حمل هذا اللفظ على مجازه، وذلك لأن المتلفظ لم يتلفظ به في العقد هباءً بل لغاية ما، ومادام في حمله على المجاز إعمالا وتصحيحا له دون الإهمال فلزم الإعمال، وذلك لأن "فعل المسلم محمول على ما يصح شرعا وعلى ما يصح في تحصيل مقصوده وعلى ما هو المستحق عليه حتى يتبين خلافه"[1] وهو مانصت عليه القاعدة (إذا تعذرت الحقيقة[2] يصار إلى المجاز[3]) المادة (٦١) من المجلة.

ومن الأمثلة على حمل اللفظ على المجاز:

أقر –من لا وارث له- لمن يكبره سنا أنه ابنه ووارثه، ثم توفي المقِّر، ولا يمكن حمله على الحقيقة وهي البنوة حيث يكبره سنا، صرنا للمجاز، أنه قصد الوصية بهذا الكلام[4].

وقف شخص -ليس له أولاد وله أحفاد- مالا على ولده، يصار للمجاز لتعذر الحقيقة حيث ليس له أولاد صلبيين، فيكون الوقف ساريا على الأحفاد[5].

وكذلك فإن الأصل في اللفظ الصريح بناؤه عليه، لكن يصار للكناية[6] إن تعذر الصريح[7]، إلا أنه هناك شروط حتى تقدم الكناية على الصريح وهي :

- ألا ينفذ اللفظ في موضوعه، فإن تعذر نفاذه في موضوعه صرنا لغيره كناية، وإلا فلا، فلو قال شخص لآخر أعرتك داري، فقبل، ثم طالبه بالأجرة بدعوى أنه قصدها، لا تقبل دعواه حيث أن اللفظ نافذ في موضوعه[8].

- أن يحتمله العقد المنوي فيه، فإن كان لا يحتمل، فلا يصار إلى الكناية كأن قال: أعيريني نفسك بألف، فهذا لا يمكن كونه صريحا لأن ذكر البدل لا يمكن من الإعارة، ولا يصير كناية حيث أن عقد النكاح لا يحتمله[9].

ومن أمثلة الكناية عند تعذر الصريح:

قال الكفيل للمكفول له: كفلت لك دينك الذي على فلان على أنه بريء من الدين، فلا يحمل هذا الكلام على معناه الصريح وهو الكفالة، لأن الكفالة تقتضي ثبوت مطالبة كل من الكفيل والأصيل، فلما برأ الأصيل لم تكن كفالة، فصيانة للتصرف ولأن القصود معتبرة يفسر كلامه على الحوالة، التي يبرأ بها الأصيل لا الكفالة، وكذلك لو أحاله بشرط أن تبقى ذمة الأصيل مشغولة، فيحمل الكلام كناية على الوكالة[10].

قال رجل لآخر: صالحني على مالك الفلاني بكذا، فقال: صالحتك، ونويا البيع، ليس صلحا بلفظه الصريح لأن الصلح يستدعي سبق الخصومة، بل هو بيع كناية[11].

المطلب الثاني – العرف والعادة

---

[1] السرخسي، **المبسوط**، ج١٢: ص٤٤٣.

[2] الحقيقة: هي اللفظ المستعمل في موضعه الموضوع له في اللغة، أحمد بن علي الرازي الجصاص، **الفصول في علم الأصول**، وزارة الأوقاف، الكويت، ط١: ١٩٨٥م،ج١: ص٤٦.

[3] المجاز: هو اللفظ المتواضع على استعماله في غير ما وضع له، لما بينهما من التعلق، علي بن محمد الآمدي أبو الحسن، **الإحكام في أصول الأحكام**، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١: ١٤٠٤هـ، ج١: ص٥٤.

[4] سليم رستم باز، **شرح المجلة**، ص٣٨.

[5] علي حيدر، **درر الحكام**، ص٢٨.

[6] الكناية: ما استتر المراد منه في نفسه، التفتازاني، **شرح التلويح**، ج١: ص٢٢٩.

[7] الصريح: هو اللفظ الذي لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج٢: ص٥٦.

[8] أحمد القرالة، **تصحيح التصرفات**، ص٣٥٥.

[9] أحمد القرالة، **تصحيح التصرفات**، ص٣٥٥.

[10] السرخسي : **المبسوط** ج٢٣: ص٣٠٩، أحمد الزرقاء ، **شرح القواعد الفقهية**، ص٦٠. ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١: ص٢٠٧

[11] الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٨: ص٨٠

العرف: هو "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول"[1].
فاللفظ وإن كان صريحا وحقيقيا، إلا أن هناك معنى عرفيا مشهور له، وحصل نزاع، فالكثير من القواعد ترجحه منها المادة ٣٦ من المجلة(العادة محكمة) والمادة٤٠ (الحقيقة تترك بدلالة العادة) والمادة ٤٣(المعروف عرفا كالمشروط شرطا) والمادة٤٥ (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص). ومن الأمثلة على أن المقاصد والمعاني تدرك بالعرف ويرجح العرف فيها:

- جواز تأجير المبيع بيعا وفاء للبائع قبل القبض، على الأصح، وذلك ما خصصه العرف[2]، كما سيأتي توضيحه لاحقا إن شاء الله.

-استعانة الرجل بآخر في بيع متاعه في السوق، وبعد البيع طلب منه الرجل أجرة على ذلك، ينظر للعرف، فإذا كان عرفا حكم به[3].

-لو قال لخادمه أشعل الفنار-المصباح-، فأشعل الفنار دون شمعته فاحترق، ضمن، حيث أن الإطلاق هنا ينصرف عرفا على شمعة الفنار لا على ذات الفنار[4].

-انعقاد البيع بصيغة الأمر الذي لا يدل على الرضا بنفسه عند المالكية، بل دل العرف على رضاه به، فقوله بعني، التماسا للبيع، مع احتمال الرضا، لكن العرف أكد رضاه به[5].

-اشترى دارا ورأى أحد بيوتها، لم يسقط خيار الرؤية، لأن العرف الآن اختلاف كل بيت عن الآخر، فلا بد من رؤية كل بيوت المنزل[6].

-أوصى للفقهاء، وكان بينهم مقلد، فيحمل على العرف الجاري بكون الفقيه يطلق مجازا على المقلد الحافظ للمسائل، فتشمله الوصية[7].

-ومن ذلك حمل الحقيقة الشرعية على الحقيقة العرفية، مثل: انعقاد بيع الثمار على أشجارها بلفظ" التضمين، والضمان"[8] اللذين في الشرع: الإلزام والإلتزام بقيمة التلفات وغيرها[9].

-إذا جاء أول الشهر فلك عندي ألف درهم، فحقيقة الإقرار المعلق على شرط باطل كما نصت عليه المادة(١٥٨٤) من المجلة، إلا أن العرف حدد التعليق بالزمان جائز في الدين، وعليه أن هذا الإقرار المعلق على شرط صحيح عرفا[10].

-وضع ابنه لتعلم صنعة ولم يطلب المعلم أجرة، فلما تعلم طلب المعلم أجرة على ذلك، وكان ذلك هو العرف، فالعرف هو الحكم[1].

---

[1] علي بن محمد بن علي الجرجاني، **التعريفات**، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١: ١٤٠٥، ، ج١: ص١٩٣.
[2] أحمد الزرقاء، **شرح القواعد**، ص٩و٥٧.
[3] سليم باز، **شرح المجلة**، ص٣٠.
[4] سليم باز، **شرح المجلة**، ص٣١.
[5] محمد عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت، تحقيق محمد عليش، ٣: ص٤.
[6] سليم باز، **شرح المجلة**، ص٣٠.
[7] سليم باز، **شرح المجلة**، ص٣١.
[8] حمد العزام، **تحول العقد**، ص١٤.
[9] مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢: ص٨٨٢.
[10] سليم باز، **شرح المجلة**، ص٣١.

المطلب الثالث – دلالة الاقتضاء

الاقتضاء: توقف الصدق أو الصحة العقلية أو الشرعية على معني، مع كونه مقصودا للمتكلم[2].

فهذه الدلالة تجعل غير الملفوظ ملفوظا به لتصحيح المذكور[3]، حيث لا يتوازن الكلام ولا يفهم إلا باعتبار غير المذكور مذكورا، وهذا لا يتعدى موضع الضرورة التي تقدر بقدرها.

ومن الأمثلة على التوصل للمعنى عن طريق دلالة الاقتضاء:

أن صيغة الأمر لا ينعقد بها البيع عند الحنفية، لأنها طلب والطلب لا يصلح أن يكون إيجابا ولا قبولا[4]، إلا إذا كان الأمر اقتضاءً فينعقد، وهذا مانصت عليه المجلة في المادة(١٧٢) التي جاء فيها:

(لا ينعقد البيع بصيغة الأمر أيضا كبع واشتر، إلا إذا دلت بطريق الاقتضاء على الحال فحينئذ ينعقد بها البيع، فلو قال المشتري: بعني هذا الشيء بكذا من الدراهم، وقال البائع: بعتك لا ينعقد البيع، أما لو قال البائع للمشتري: خذ هذا المال بكذا من الدراهم وقال المشتري: أخذته، أو قال المشتري أولا: أخذت هذا الشيء بكذا قرشا، وقال البائع خذه، أو قال: الله يبارك لك فيه أو مثله، انعقد البيع، فإن قوله خذه والله يبارك ههنا بمعنى ها أنا بعت فخذ).

فقول البائع خذه قاصدا البدل، بعد تقدير البيع اقتضاء-بعتك فخذه- فيثبت العقد بهذا الاعتبار[5].

أن يقول: أعتق عبدك عني بألف دينار، فالعتق موقوف على الملكية المتعلقة بالبيع الذي لم يذكر، فتقديره لازم للزوم قصد من الكلام وإلا كان هباءً وإهمالا، فمقتضى الكلام: اشتريت عبدك بألف دينار وإني أوكلك بعتقه، وكذلك لو قال البائع: بعت عبدي بخمسين دينارا، وقال رجل: فهو حر، كان مقتضى الكلام، وأنا اشتريته وهو حر[6].

المطلب الرابع – دلالة الحال

دلالة الحال: هي"الحالة الظاهرة المفيدة لمقصود المتكلم"[7] و"هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر"[8].

فلهذه الدلالة الأثر الكبير في الوصول للإرادة والقصد الحقيقي من العقد، فقد قال -الله جل في علاه-{ وَلَوْ أَرَادُواْ الْخُرُوجَ لأَعَدُّواْ لَهُ عُدَّةً } سورة التوبة: آية٤٦ فتركهم الاستعداد للخروج -دليل حالهم- لإرادتهم التخلف[9]، وذكر الجصاص الحنفي: أن دلالة الحال تصرف اللفظ عن ظاهره، وقد تنقل حكم اللفظ إلى ضد موجبه الواضح لغويا، نحو قول الله-جل في علاه-: { اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ} سورة فصلت: آية٤٠، وقوله –جل في علاه- { فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ} سورة الكهف آية٢٩، ونحو ذلك فلو ظهر هذا الخطاب مبتدءً عاريا عن دلالة الحال لكان مفهومه الظاهر يقتضي فعل جميع الأفعال، وهو في دلالة الحال وعيد وجزر خلاف لما يقتضيه الظاهر[10].

ومن أقوال العلماء ما ذكره السرخسي في ذلك فقال: "والرجوع إلى دلالة الحال لمعرفة المقصود بالكلام أصل صحيح في الشرع"[11]، فلو لم تكن معبرة عن الإرادة والقصد لما اعتبرها السرخسي أصل صحيح في

---

[1] علي حيدر، **درر الحكام**، ص٦٨.

[2] محمد بن علي بن محمد الشوكاني، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، دار الكتاب العربي، تحقيق أحمد عزو عناية، ط١: ١٩٩٩م، ج٢: ص٣٦.

[3] الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج١: ص٧٢.

[4] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج١١: ص٣٩١

[5] سليم باز، **شرح المجلة**، ص٦٨.

[6] علي حيدر، **درر الحكام**، ج١: ص١٢١.

[7] زين الدين ابن نجيم الحنفي، **البحر الرائق**، ج٣: ص٣٢٢.

[8] محمد الطلافحة، **تفسير ألفاظ المكلفين**، ص١٣١.

[9] شمس الدين القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج٨: ص١٥٦.

[10] أحمد بن علي الرازي الجصاص، **الفصول في علم الأصول**، ج١: ص٥٠.

[11] محمد بن أحمد السرخسي، **شرح السير الكبير** للإمام محمد بن الحسين الشيباني، بدون نشر، ج١: ص٤٦٩.

الشرع، وهي القاعدة (١٥١) عند ابن رجب الحنبلي (دلالة الأحوال يختلف بها دلالة الأقوال في قبول دعوى ما يوافقها ورد ما يخالفها ويترتب عليها الأحكام بمجردها)[١].
ومن الأمثلة الواردة في ذلك بكون دلالة الحال وسيلة لمعرفة القصد والإرادة:

- فيما لو دفع ثوبه إلى الخياط أو الصباغ، فعملاه ولم يكونا قد طلبا أجرا، فهم استحقاه، حيث دلالة حالهم واضحة تمام الوضوح لمقصودهما من هذا العمل أنه مقابل أجر أو عوض[٢].

-ومنه ماجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة(٧٧٣): ما نصه (ينعقد الإيداع بالإيجاب والقبول دلالة وتصريحا) ومثالها: إن سأل صاحب الخان أين أربط حيواني؟ فأشار له بمكان محدد، ينعقد إيداعا[٣].

-ومنها لو وجد لقيط وبجنبه مال، أو مدفون طريا، يحكم له به بدلالة الحال[٤].

-من قال: يا عفيف ابن العفيف حال تعظيمه، كان مدحاً، ولو قاله حال الشتم، كان ذماً وقذفاً، ما كان هذا الحكم إلا بدلالة الحال[٥].

المطلب الخامس – الشروط من القرائن الموصلة للمعنى الحقيقي.

فالشروط التي يعتريها العقد قرينة تظهر مراد العاقدين من العقد، ولها في هذه القاعدة الكثير من الأمثلة منها[٦]:

- اشتراط براءة المدين من المطالبة في عقد الكفالة، يظهر إرادة المتعاقدين في عقد الحوالة لا عقد الكفالة، فهذا الشرط قرينة على ذلك.

-اشتراط كل الربح للمضارب في المضاربة، شرط يظهر مقصود العاقدين من العقد، أن ما قصداه إنما هو قرض، وليس مضاربة.

وأخيراً وأيا كان الأسلوب المتوصل به للقصد والنية، وحيث كانت النية مخصصة للعام ومقيدة للمطلق، وناقلة المعنى الحقيقي إلى المجازي، ومعينة لأحد معاني اللفظ المشترك[٧]، فما بالها لا تكون صارفة العقد منه إلى عقد آخر بقرائن –لفظية أو موضوعية متعلقة بموضوع العقد الجديد– وبأساليب طرحت في هذا البحث وغيرها لم تطرح؟

أساليب التوصل للقصد في القانون المدني الأردني

فقد سمح القانون الأردني للقاضي أن يسترشد ببعض الأمور لتفسير العقد، والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فهذه المعايير موضوعية محيطة بالتعاقد:
أولا: طبيعة التعامل؛ أي ماهية العقد وطبيعته هي التي تظهر معنى العقد وترجحه، فلو اشترط على المستعير التعويض عند هلاك المستعار، لا يحمل على أن عقد العارية (على الاستهلاك)، بل عقد العارية معلوم أنه (على الاستعمال) فالعين إن كانت تستهلك بالاستعمال لا تكون قابلة للإعارة، وإنما ما يقبل الإعارة هي العين المستعملة دون المستهلكة، ويحمل التعويض على الإلتزام برد مماثل للمستعار عند الهلاك[٨].

---

[١] ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، ج١: ص٣٧٠.
[٢] عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني**، دار الفكر بيروت، ط١: ١٤٠٥ه، ج٨: ص١٨٣.
[٣] علي حيدر، **درر الحكام**، ج٢: ص٢٢٤.
[٤] ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، ج١: ص٣٧٠.
[٥] ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح المقدسي الحنبلي، **المبدع في شرح المقنع**، بيت المقدس، بيروت، ج٨: ص٢٧٨.
[٦] حمد العزام، **تحول العقد**، ص١٤.
[٧] محمد محمود الطلافحة، **تفسير ألفاظ المكلفين**، ص١٠٢.
[٨] عدنان السرحان، **مصادر الإلتزام**، ص٢٤٦.

ثانياً: الأمانة والثقة بين المتعاقدين؛ فإن أخطأ أحدهما في التعبير عن مراده، لا يحق للآخر استغلال ذلك لصالحه[1].

ثالثا: العرف الجاري في المعاملات؛ فحق لكل من المتعاقدين فهم العبارات المذكورة في العقد بما هو متعارف بين الناس.

فهذه الوسائل لم تذكر في القانون على سبيل الحصر بل على سبيل المثال، ويؤكد ذلك جميع قواعد التفسير المذكورة فيه من المادة(٢١٤-إلى٢٣٨) حيث تقوم على المنطق والمعقول[2].

الفصل الثاني – التطبيقات للقاعدة عند السابقين

وبعد الانتهاء من شرح القاعدة ومفرداتها كان لا بد من توضيح ذلك ببعض التطبيقات التي وردت عند علمائنا الأوائل من الفقه، وحيث أنّ القانون مستمد من الفقه كانت تطبيقاته القديمة ذاتها تطبيقات الفقه، حيث كانت تطبيقاتهم أصولا للتطبيقات المعاصرة.

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: تطبيقات القاعدة في العقود(ذات الإرادتين) ويشتمل على المطالب الآتية:

المطلب الأول: تطبيقاتها في عقود المعاوضات.

المطلب الثاني: تطبيقاتها في عقود التبرعات.

المطلب الثالث: تطبيقاتها في عقود الاشتراك.

المطلب الرابع: تطبيقاتها في عقود التوثيقات.

المطلب الخامس: تطبيقاتها في عقود الإنابة.

المطلب السادس: التطبيقات المستثناة من القاعدة.

المبحث الثاني: تطبيقات القاعدة في عقود الإرادة المنفردة.

المطلب الأول: تطبيقاتها في عقود التبرع.

المطلب الثاني: تطبيقاتها في عقود الإسقاط.

المطلب الثالث: تطبيقاتها في عقود الإخبارات.

المبحث الأول – تطبيقاتها في العقود

وهذه التطبيقات في العقود ذات الطرفين أو العاقدين ومن الأمثلة عليها:

المطلب الأول – عقود المعاوضات[3]:

أولاً: البيوع

بيع الوفاء: (وهو البيع بشرط أن البائع متى ردّ الثمن يرد المشتري له المبيع، كما جاء في المادة ١١٨) من المجلة، حيث أجازه الحنفية[4] خروجا من الربا، ووافقهم المالكية في ذلك تحت مسمى بيع وشرط، لكنه رهن[5]، وهو أن يبيع المدين سلعة للدائن بالدين الذي عليه، بشرط أن يرد المشتري السلعة متى استرد الدائن دينه (البائع)، وحتى يُرد الدين للمشتري أن يستخدم السلعة لا عينها، فهذا رهن حقيقة وبدليل آخر أن المشتري لا يملك البيع لها[6]، وحيث أنه لم يقصد تمليك المبيع للمشتري بل تأمينه على دينه، وسمي بذلك؛ لأن فيه عهدا من المشتري بالوفاء برد المبيع إن رد الثمن، وأحكامه أحكام الرهن فلا يُملَك ولا يُنتفع به إلا بإذن صاحبه ويسقط الدين بهلاكه، ولا تصح إجارته لصاحبه ولا يلزمه الأجر على

---

[1] عدنان السرحان، **مصادر الإلتزام**، ص٢٤٧.

[2] عدنان السرحان، **مصادر الإلتزام**، ص٢٤٧.

[3] المعاوضات: تقوم على أساس إعطاء وجائب متقابلة بين الطرفين، يأخذ أحدهما شيئا، ويعطي الآخر، مصطفى الزرقا، المدخل إلى الفقه، ج١، ص٦٤٠

[4] ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، دار الفكر، بيروت، ط١٤٢١ه، ج٥، ص٢٧٦.

[5] محمد بن أحمد عليش، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، ط١٤٠٩ه، ج٥، ص٥٢.

[6] محمد شبير، **القواعد الكلية**، ص١٢٤.

المفتى به[1]، وأنه لو بيع عقار بجانبه فالشفعة للمالك البائع لا المشتري، وأنه إذا هلك بيد المشتري بدون تعد منه ضمنه ضمان الرهن[2].

وكذلك وافقهم الشافعية إلا أنهم أطلقوا عليه الرهن المعاد[3]، وخالفهم في ذلك الحنابلة حيث أنه عندهم يسمى بيع الأمانة، وهو غير جائز إذ هو عين الربا والمنفعة هي الربح، فهو قرضٌ جرَّ منفعة[4]، إذ أن العين بقيت مملوكة للبائع فكأن البائع أقرض المشتري إياها، ثم عادت له وقد انتفع بالأمانة التي كانت مقابل هذا القرض، فكانت المنفعة هي ربح الربا للقرض.
ومن خالف على اعتباره رهنا، لافتراقه مع الرهن بأمور منها: بيع الوفاء يصح في المشاع ولو احتمل القسمة، والبائع وفاءً لو ردّ للمشتري نصف الثمن ينفسخ البيع بنصف المبيع ويتصرف به دون إذن المشتري، والمبيع أمانة تصح إجارته من البائع ومن غيره، بخلاف الرهن فإجارته من الراهن لا تصح وتعتبر إعارة وللمرتهن استرداده منه، وفيه الكلام يطول[5]. وعلّل الزرقا ذلك فقال أنه لا مانع من كون العقد له أكثر من حكم وذلك حسب مقصوده، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٨) من المجلة، فبعد أن ذكرنا أن من أحكام بيع الوفاء الرهن إن قصد، فكذلك يحكم عليه بالبيع الصحيح حيث يفيد الانتفاع به[6]، ويحكم عليه بالبيع الفاسد حيث لا يمكنه بيعه لغير البائع[7]، وقيل هو قرض بعوض فهو بيع باطل[8].
فلو كان بيعاً لترتب عليه آثار البيع من حرية التصرف فيه وبيعه، وبلا ارتباط مع المشتري، ورد المبيع عند رد الثمن يقتضي الرهنية لا البيع، فالعبرة فيه لقصده وهو الرهن، وليس للفظه أي البيع.
ولم يأخذ القانون المدني الأردني بهذا البيع على الرغم من وجوده في مجلة الأحكام العدلية.

- بيع الاستغلال: هو بيع المال وفاءً على أن يستأجره البائع، كما جاء في المادة (١١٩) من المجلة، فحكمه الأصلي رهن فهو بيع وفاء، فلا يتم إلا بالقبض، ولا يتمكن المشتري من بيعه لآخر غير البائع، ومع وجود الشرط فبعد جوازه حكم عليه بناءً على معناه وقصده، بالبيع الصحيح حيث أنهما يشتركان بأن: للمشتري أن يؤجر من البائع أو غيره العقار الذي اشتراه، وهو أيضا بحكم البيع الفاسد لقدرة العاقدين على فسخه[9].

فهذا البيع مع كونه بيع وفاء، أي رهن كما سبق، فهو مشروط بتأجيره للبائع، فهو رهن وشرط، واعتباره كان في مقصده لا في مسمّاه الوارد، وإن عبّر قليلا عن معناه.

- البيع بلفظ الهبة: عند الحنفية يصح وبلفظ الأخذ والإعطاء والاشتراك والإدخال والرد والإقالة في وجه[10]، ولا يصح بلفظ الإنكاح والتزويج[11].

---

[1] محمد صالح مريش الحسيني، **شرح مائة قاعدة أصولية من قواعد مجلة الأحكام العدلية**، القاعدة رقم(٣)، ط١٩٤٤م، (مخطوط).
[2] أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء ، **شرح القواعد الفقهية، ص٥٨**، وعلى بيع الوفاء الأمثلة الكثيرة للزيادة انظر هذا الكتاب ص٧٧حيث ذكرها في الخاتمة، مدغمش ودحمان، موسوعة شرح القانون، ج٥، ص١٠٤.
[3] ابن نجيم الحنفي، **الأشباه والنظائر** ، ج١،ص١١٤، عن الملتقط للشافعية ولم أجده.
[4] شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، ج٢، ص٥٨، مصطفى السيوطي الرحيباني الحنبلي، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، المكتب الإسلامي، بدون نشر، ج٧، ص٢٨٦.
[5] أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء ، **شرح القواعد الفقهية، ص٥٩**.
[6] الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٢، ص١٦٥.
[7] أحمد الزرقا، **شرح القواعد**، ص٥٦.
[8] أبو النجا الحجاوي الحنبلي، **الإقناع**، ج٢، ص٨٥، الرحيباني الحنبلي، **مطالب أولي النهى**، ج٧، ص٢٨٦.
[9] سليم باز، **شرح المجلة**، ص٥٩، محمد بن علي بن محمد الحنفي الحصفكي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٣٨٦، ج٥، ص٤١١.
[10] ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٧، الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٢: ص٢٦٨.
[11] ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٨

ولا يصح بلفظ السلم في رواية للإمام أحمد[1] ولا بلفظ الإقالة[2]، أما إن ذكر البيع وقصد الهبة على الأرجح البطلان، وقيل متفق على ذلك[3] فهو من مستثنيات القاعدة كما سيرد لاحقا، وقوله بعتك منفعة هذه الدار شهرا، الوجهان وأصحهما عدم الانعقاد[4] وذلك عند الشافعية حيث أنهم رجّحوا اللفظ على المعنى، فهي معنى تصرف للإجارة، إذ العبرة للقصود.

وينعقد عند الحنفية البيع بفعل الأمر، فهو كالأمر في استدعاء سابقة البيع لكنه اقتضاء، إذ العبرة للمعاني[5]، أما عند الشافعية فينعقد البيع بفعل الأمر مطلق دون شرط الاقتضاء[6] وكذلك عند الحنابلة ويصح أيضا بلفظ الصلح[7].

البيع بالاقرار: ومنها إن قال لآخر أقرّ لي بهذا الذي بيدي، على أن أعطيك مئة دينار، هو بيع، فإقرار المقر بعوض هو بيع[8].

بيع التلجئة[9]: والذي يعرف بأنه ما أُلجيء الإنسان إليه بغير اختياره، مخافة سلطان أو غيره[10]، فيعقد عقدا معينا، دون قصده لهذا العقد، وإنما بعد ذهاب الخوف يظهر القصد الحقيقي.

وهو عند الحنفية بمثابة بيع بشرط الخيار لهما، حيث أنهما لم يذكرا ما اتفقا عليه سراً في العقد فلم يؤثر به وصح البيع[11]، والأصح عندهم أنه بيع باطل حيث أنهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة[12]، لأن القصود في العقود معتبرة، ويطلق عليه عند الشافعية بيع الأمانة، وهو بيع صحيح كبيع الهازل عندهم، حيث أنه تلفظ بهذا اللفظ باختياره فانعقد[13]، وهذا مؤيد رأيهم أن العبرة للصيغ، فهو بيع عند الشافعية إذ المرعى للظاهر لا لمعنى اللفظ، ولهذا يصح بيع العينة، ونكاح من قصد التحليل ونظائره عندهم لأنها في الظاهر بيع ونكاح[14]، وقيل ظاهر المذهب انعقاده وهناك وجه آخر ببطلانه أيضا[15]، خلاف الحنابلة حيث أنهم أطلقوا بيع الأمانة على بيع الوفاء كما سبق وقالوا في بيع التلجئة أنه عقد صحيح على الأرجح وهناك رأي آخر بخلافه[16].

البيع في ذمة الغير من ثالث: اعتباراً باللفظ بيع لازم، فإن شرط أنه بريء؛ كانت حوالة بلفظ البيع، ودون الشرط بيع فاسد[17].

بيع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول: عند الشافعية ما إذا، لا يصح البيع، لأنه لم يتم القبض، فيصير العقد من البيع للإقالة تصحيحاً له[1]، فهو إقالة بلفظ البيع[2]، ووافقهم في ذلك محمد من

---

[1] ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، ج١، ص٥٥.
[2] ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، ج١، ص١١٧
[3] الحموي، **غمز البصائر**، ج٢، ص٢٦٩.
[4] ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢، ص ٢٢٤.
[5] الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٢، ص٢٦٨.
[6] عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، **فتح العزير بشرح الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي، المعروف بالشرح الكبير**، بدون نشر، ج٨، ص١٠٢.
[7] علي بن سليمان المرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، دار إحياء التراث، بدون نشر، ج٨، ص٤٥١.
[8] أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، **شرح القواعد الفقهية**، ص٦٣.
[9] وزارة الأوقاف، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، دار السلاسل، الكويت، ط٢، ١٤٠٤، ج٩، ص٦٢.
[10] الكاساني الحنفي، **بدائع الصنائع**، ج١٢: ص١٨
[11] ابن نجيم الحنفي، **البحر الرائق**، ج١٦، ص١٣٠.
[12] الكاساني الحنفي، **بدائع الصنائع**، ج١٢، ص١٨.
[13] أبو يحيى الأنصاري الشافعي، **أسنى المطالب**، ج٧، ص٤١٧.
[14] النووي الشافعي، **المجموع شرح المهذب**، ج٩، ٢٤٨، الشربيني الشافعي، **مغني المحتاج**، ج٦: ص٢٨٢.
[15] الرافعي القزويني الشافعي، **الشرح الكبير**، ج٨، ص١٢٤.
[16] المرداوي الحنبلي، **الإنصاف**، ج٧: ص٢٣٢، ابن قدامة المقدسي الحنبلي، **المغني**، ج٤، ص٣٠٠.
[17] ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٢٨.

الحنفية إذ لا يصح البيع قبل القبض، إذ العبرة في العقود للمعاني لا لمجرد اللفظ، خلافاً لأبي يوسف وأبي حنيفة[٣]، وكذلك إذا وهب المشتري المبيع للبائع قبل القبض يعتبر إقالة[٤]، ووافق الشافعية المالكية بأنه إقالة[٥]، وأضاف الحنابلة على عدم جواز بيعه قبل قبضه، وعدم جواز رهنه وتأجيره قبل قبضه أيضاً[٦]، ويصح بيعاً إن كان بغير جنس الثمن، أو بزيادة أو نقصان[٧]، فالإقالة تفسد بزيادة الثمن، ولا تصح من غير العاقد[٨].

- **بيع العتق :** مثل ان يقول أعتق عبدك عني بألف، كان بيعاً للمعنى عند الحنفية[٩]، وعند المالكية هذه الصيغة تشمل التوكيل في الشراء والعتق[١٠]، أما الحنابلة فهذه الصيغة استدعاء للعتق ويدخل الملك ضمناً حتى يقع العتق وهو يعرف بالملك القهري[١١]، ولدى الشافعية هو عقد معاوضة ولزم الثمن بمجرد العتق[١٢].

- **بيع العتق على مال :** وذكر الشافعية قوله: أعتق على مال، كان بيعاً لا عتقاً، وإن أعتق على كفارة الغير، كانت هبة[١٣]، كأن قال لعبده: بعتك بكذا، معنىً: يصح ويطلق في الحال، لفظاً: لا يصح[١٤].

- **البيع بلفظ السلم :** ومنه عند الشافعية قوله: أسلمت هذا الدينار أو ديناراً في هذا الثوب، فإن اعتبرنا المعنى انعقد بيع عين، وإلا فهو سلم فاسد، حيث أن محل العقد يجب تأخيره فهو غير معين بل موصوف، (وقوله هذا الثوب) أصبح معينا فأصبح السلم فاسداً[١٥]، ووافقهم الحنابلة في هذين الرأيين[١٦]، أما عند الحنفية فالبيع بلفظ السلم يصح، إذ العبرة في العقود للمعنى[١٧].

- **عقد السلم بلفظ البيع، والسلم:** هو عقد يثبت به الملك بالثمن عاجلاً، وفي المثمن آجلاً[١٨]، كما عرفه القانون المدني الأردني في المادة (٥٣٢ بأنه: بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل). فقوله: اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم، وراجح الشافعية؛ صحته بيعا نظرا للفظ، وبالمرجوح؛ سلما نظراً للمعنى[١٩]، وهو الأصح عند ابن الوكيل[٢٠]، وعند ابن رجب الحنبلي أنه سلم[٢١]، قطعا بالصحة على الرأيين وبلا خلاف ببطلان وبشرط تسليم الثمن فيهما أيضا وإلا بيعا، حيث يُعد بيع دين بدين إن لم يسلم

---

١ وزارة الأوقاف، **الموسوعة الفقهية الكويتية** ، ج٩، ص٦٢، السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٦٨.

٢ أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، **أسنى المطالب**، ج٢: ص٨٢، ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٨.

٣ ابن نجيم الحنفي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٧.

٤ ابن نجيم الحنفي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٨، الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٢، ص٩٤.

٥ محمد الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج١٥، ص١٠٥.

٦ المرداوي الحنبلي، **الإنصاف**، ج٨، ص٦، ابن قدامة المقدسي، **المغني**، ج٤، ص٢٣٩.

٧ شمس الدين الرملي، **نهاية المحتاج**، ج٤: ص٨٥.

٨ ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٢٧.

٩ ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٧، الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٤، ص٨٦.

١٠ أبو العباس القرافي المالكي، **الفروق**، ج٤، ص٢٠٧.

١١ ابن رجب الحنبلي، **القواعد في الفقه**، ج١، ص٣٢٣، أبو النجا الحجاوي الحنبلي، **الإقناع**، ج٢، ص٧٥.

١٢ الزركشي الشافعي، **المنثور**، ج٣، ص١١٣، أبو يحيى الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٢١، ص٤٨٠.

١٣ شمس الدين الرملي، **نهاية المحتاج**، ج٤، ص٨٦.

١٤ الحصني، **القواعد**، ص٤١١،النووي، **روضة الطالبين**، ج١٢، ص٢١١.

١٥ يحيى بن شرف النووي، **المجموع شرح المهذب**،ج٩، ص١٦٣.

١٦ البهوتي الحنبلي، **كشاف القناع**، ج٣، ص١٤٧.

١٧ برهان الدين مازة الحنفي، **المحيط البرهاني**، ج٦، ص٢١٢.

١٨ علاء الدين السمرقندي الحنفي، **تحفة الفقهاء**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٨٤م، ج٢، ص٨.

١٩ يحيى بن شرف الدين النووي الشافعي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، المكتب الاسلامي، بيروت،ط٢، ١٤٠٥هـ، ج٤، ص٦، السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١،ص١٦٦.

٢٠ ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢، ص ٢٢٣.

٢١ ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، ج١،ص٥٥.

الثمن بالمجلس، كغيره من الأمثلة، وذلك لأن كل سلم بيع فإذا استعمل لفظ البيع فيه فقد استعمل في موضعه، بخلاف العكس[1]، وعند الحنفية يصح البيع بلفظ السلم وعكسه[2].

-بيوع الآجال: بيع السبعة بعشرة نسيئة، ثم يعود البائع ويشتريها بخمسة حالاً، فظاهر البيع الصحة، إلا أنه بالنظر للقصود، فقد أبطل المالكية والحنابلة[3] هذا البيع لأنه إقراض بالربا[4]، أما الشافعية فلعدم أخذهم بالقصد واعتبارهم له، فقد أجازوا هذا البيع لصحة ظاهره[5].

ثانياً: الاستصناع

الاستصناع: هو عقد يكون فيه العين والعمل من طرف، والمال من الآخر[6]، وهو طلب العمل في شيء خاص على وجه مخصوص[7]، وقريب منه ما عرفه القانون المدني في المادة (٧٨٠: المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بان يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر).

فعند أبو حنيفة خلاف الصاحبين، إذا كان الاستصناع مما يتعامل فيه الناس بضرب الأجل، هو سلم، اعتبارا بالمعنى حيث أنه لما ضرب للاستصناع أجلا فقد أتى بمعنى السلم، فحمل عليه تغليبا للمعنى، ولأن العبرة للمقاصد دون الألفاظ، وأما الصاحبين يصح استصناعا لا سلم، بحجة أن لو حذفنا الأجل من السلم هل ينقلب استصناعا؟، أما فيما لا يتعامل الناس به يعتبر سلما بالإجماع[8].

أما القانون المدني الأردني فلم يفرق بين الاستصناع والسلم، حيث أنه عرف المقاولة-الاستصناع- ثم بين شروطه كشروط السلم حيث اشترط مدة في كليهما خلاف الحنفية كما سبق أنه إذا حددت مدة للاستصناع صار سلما عندهم، ومثله وارد في مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٨٩: كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، وأما ما لا تعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة صار سلما، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم، وإذا لم تبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع)، وقد خالف ذلك القانون المدني الأردني وذلك في المادة (٢/٥٣٣: بأن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان إيفائه)، وذلك ما اشترطوه في عقد المقاولة -الاستصناع- في المادة (٧٨٢: يجب في عقد المقاولة وصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة انجازه وتحديد ما يقابله من بدل).

ثالثا: الإقالة

الإقالة: هي رفع العقد باتفاق الطرفين[9].

فسخ على الظاهر، فإن قصدا بالمقايلة البيع؛ فمعنىً: بيع، ولفظاً على الأرجح: لا يصح لاختلاف اللفظ عند الشافعية[10]، وكذلك الحنابلة حيث لا تنعقد الإقالة بلفظ البيع، ولا البيع بلفظ الإقالة، حيث أنه ما يصلح للعقد لا يصلح للحل، وما يصلح للحل لا يصلح للعقد[11]، أما عند الحنفية فالإقالة عند أبو

---

١ أبو بكر الحصني، **القواعد**، ص٤٠٤.

٢ ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٧.

٣ ابن قدامة المقدسي الحنبلي، **المغني**، ج٦، ص٣٣١.

٤ ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص١١٧.

٥ الشافعي، **الأم**، ج٣، ص٣٣،٦٩، من باع سلعة بثمن مؤجل..

٦ محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد برهان الدين مازة، **المحيط البرهاني**، دار إحياء التراث، بدون نشر، ج٨، ص٣٤٠.

٧ ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**، ج٢٠، ص٢٨٥

٨ برهان الدين مازة الحنفي، **المحيط البرهاني**، ج٨، ص٣٤١.

٩ حمد عزام، **تحول العقد**، ص٢٥

١٠ ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢، ص ٢٢٧، الحصني، **القواعد**، ص٤١٢

١١ ابن رجب الحنبلي، **القواعد في الفقه الإسلامي**، ج١، ص٤١٢.

حنيفة فسخ قبل القبض، وبعده هي بيع، وهي فسخ عند محمد من الحنفية بلفظها، أمّا الإقالة بلفظ البيع فهي عند الجميع بيع[1].

لو قال في دين السلم صالحني منه على نفس الثمن، يصح إقالة[2].

رابعاً: الصلح

وهو عقد يرفع النزاع بالتراضي كما جاء في المادة (١٥٣١) من المجلة.
والصلح يعتبر بأقرب العقود إليه وإلا يبقى صلحا محضا، وذلك حسب إقرار المدعى عليه أو إنكاره، فإن أقرّ، وتم الصلح على مال يدفعه المدعى عليه يكون بيعا ويؤخذ بالشفعة -إذا كان عقارا- ويردّ بالعيب، وإذا كان الصلح على مال بمنفعة كان إجارة، وإن كان الصلح عن دعوى النكاح كان خلعا، ويأخذ أحكام الخلع[3].
وإن أنكر المدعى عليه، وكان الصلح على مال يدفعه المدعي، يعتبر صلحاً محضاً لقطع المنازعة، ولا يأخذ أحكام البيع من رد بالعيب أو شفعة عقار، فإذا رجع المدعى عليه عن إنكاره بعد قبض بدل الصلح أيضا كان بيعا في حقه وذلك عند الجمهور[4].
وقد يقع الصلح على صورة يكون لأحدهما صلحاً محضاً وللآخر عقد كالبيع، ومثاله: حيث تصالحا - ولكن مازال المدعى عليه منكرا- على أن يدفع المدعى عليه مالاً، ويأخذ المدعي العين المدعى بها، فهي بزعم المدعي صلح محض، وليست مبادلة حيث استرد ماله، وبالنسبة للمدعى عليه إذ هو منكر، بيع[5].
ومنه: صالحني من دارك بألف، ولا خصومة، لفظا: لم يصح الصلح، معنى: صح بيعا[6]، حيث أن الصلح إنما يكون بوجود خصومة، وإذ لا خصومة ههنا، كان بيعا لا محالة، أخذا بالقصد دون اللفظ.
ومنه: صالحتك من ألف على خمسمائة، فهو صلح ولا يبرأ عن الباقي بناءً على اللفظ، وقيل إبراء بلفظ الصلح[7]، وعند الحنفية إسقاط لنصفه والمراد عدم اشتراط القبول كالإبراء، وكونه صلحا يقتضي القبول حيث أن الإيجاب والقبول ركن الصلح[8]، فالصلح والإبراء بحاجة لقبول، أما الإسقاط فلا، ولهذا كان القول بالإسقاط عند الحنفية، لأن العبرة للمقصد.

المطلب الثاني - عقود التبرعات[9]

ولها تحت هذه القاعدة أمثلة منها:
الهبة: تمليك العين بلا عوض[10]، وعرفها القانون المدني الأردني في المادة (٥٥٧: بأنها تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض)، والبيع: تمليك مال بمال[11]، وعرفه القانون المدني الأردني في المادة (٤٦٥ بأنه: تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض).
فالهبة بشرط العوض (هبة الثواب) بأن قال شخص لآخر: وهبتك سيارتي بخمسة آلاف، فقال الآخر: قبلت، كان العقد بيعا كما في المادة (٨٥٥)[12] من المجلة: (تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط)،

---

[1] ابن نجيم الحنفي، **البحر الرائق**، ج٦، ص١١٢.
[2] ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، ج١، ص٥٥.
[3] ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج٨، ص٢٢٥.
٤ الحموي، **غمز البصائر**، ج٣، ص٧٧، أحمد الزرقاء ، **شرح القواعد الفقهية**، ص٦٣، ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، ج١، ص٢٢٣، القرافي المالكي، **الفروق**، ج٤، ص٦.
[5] انظر: أحمد الزرقاء ، **شرح القواعد الفقهية**، ص٦٦.
[6] ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٣٢.
[7] ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٢٨.
[8] ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٨
[9] التبرعات: تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد العاقدين للآخر، الزرقا، **المدخل إلى الفقه**، ج١، ص٦٤٠.
[10] ابن نجيم الحنفي، **البحر الرائق**، ج٢٠، ص٩٠.
[11] السرخسي **المبسوط**، ج١٦، ص٥٣
١٢ علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص١٩.

فعند الحنفية هو بيع ابتداءً وانتهاءً بالإجماع، وأيدهم الشافعية في قول، وفي قول آخر عقد هبة فاسد[1]، وكذلك هبة الرجل وإعارته المنفعة بشرط العوض إجارة[2] كقوله: أعرتك الفرس لتركبه يوم بكذا[3].
ومعلوم أن البيع والإجارة والهبة ونحوها لم يحد الشارع لها حدا، لا في كتاب الله ولا في سنة رسوله -صلى الله عليه وسلم-، ولا نقل عن أحدٍ من الصحابة والتابعين؛ أنه عيّن للعقود صفة معيّنة للألفاظ أو لغيرها، أو قال ما يدل على ذلك، أنها لا تنعقد إلا بالصيغ الخاصة، بل قد قيل: أن هذا القول مما يخالف الإجماع القديم[4].
ولم يصرح القانون المدني الأردني بكون الهبة بيع عند العوض، لكن كان ذلك واضحا في مواده، حيث جاء في الفقرة ٦ من المادة (٥٧٩): (أنه يعتبر مانعا من الرجوع في الهبة إذا كانت الهبة بعوض)، لأنه أخذ حكم البيع بعد القبض وخرجت عن الهبة، وكذلك المادتين (٥٦٢) و(٥٧٩) تدلان على اشتراط القبض في الهبة المشروطة بعوض، فأثبت لها أحكام البيع كما جاء أيضا في المادة (٥٦٢):
يجب أن يكون العوض في الهبة المشروطة به معلوماً وإلاّ جاز لكل من الطرفين فسخ العقد ولو بعد تسلم الموهوب ما لم يتفقا على تعيين العوض قبل الفسخ.

فإذا هلك الموهوب أو تصرف فيه الموهوب له قبل الفسخ وجب عليه رد قيمته يوم القبض. حيث أن اشتراط العوض معلوما يكون في البيع لا في الهبة).

- الهبة تُصرف للإقالة عند الحنفية[5]، وذلك بأن وهب المشتري البائع السلعة قبل قبضها واسترجع الثمن، وحيث لا يصح تصرف المشتري بالسلعة قبل قبضها اعتبرت إقالة، وقد يكون الشراء هبة؛ وذلك بأن تشتري لطفلها على ألا ترجع عليه بالثمن، وفيه تكون الأم مشترية لنفسها ثم يصير هبة منها لولدها الصغير، وليس لها أن تمنع المشري عن ولدها الصغير[6]، وكذلك في فروع الحنفية والشافعية إذا وهب الدّين لمن عليه، كان إبراءً[7]، وقولَ آخر للشافعية أنها هبة تفتقر للقبول[8].
ومنها قوله أعطوه كلبا من مالي، وله كلاب، قيل: يبطل نظر للفظ إذ ليست الكلاب مالا فهي لا تباع عند الشافعية، وقيل يصح نظرا للمعنى لاختصاصه بها هبة[9].
- **الإعارة:** تمليك المنفعة بلا عوض، وإعارة النقود: يكون معناها قرضا، لأن محل الإعارة المال المستعمل، والنقود مال مستهلك فلا تصح إعارتها، وهو القرض القيمي[10]، وكذلك تأجير النقود يُعَد قرضا جر منفعة فهو ربا لا إجارة في مقصوده عند الحنفية[11] ووافقهم الحنابلة وأضافوا جواز إجارة النقود للتزين والوزن[12]، ووافقهم بآرائهم الشافعية مع تضعيف الفائدة منها بالوزن والزينة لقولهم العبرة للظاهر لا الباطن[13].

---

[1] ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٢٩.
[2] الإجارة في القانون المدني مادة(٦٥٨): تمليك المؤجر للمستاجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم.
[3] علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص١٩، عبد الحميد الشرواني، **حواشي الشرواني**، ج٤، ص٤٠٢.
[4] ابن تيمية، **القواعد النورانية**، ج٢، ص٣٠٥.
[5] ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٨
[6] أحمد الزرقاء، شرح **القواعد الفقهية**، ص٥٣.
[7] تاج الدين السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص ١٨٢. محمد الحسيني، **شرح مائة قاعدة أصولية**، قاعدة رقم (٣)، (مخطوط)، الحصني، **القواعد**، ص٤٠٨، ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٧.
[8] ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٣٠.
[9] ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٣٠.
[10] أحمد الزرقاء ، **شرح القواعد الفقهية**، دار القلم، دمشق، ط٢، ١٤٠٩ه، ص٦٥، علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص١٩.
[11] شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب الرُعيني،**مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل**، تحقيق زكريا عميرات، دار عالم الكتب، ط:٢٠٠٣م، ج٦، ص١٤٢، السرخسي، **المبسوط**، ج١٣، ص٣٣٨.
[12] العناية شرح الهداية، ج١٢، ص٣١٢. عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد، **الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل**، دار المكتب الإسلامي،ج٢، ص١٦٩.
[13] أبو يحيى الأنصاري الشافعي، **أسنى المطالب**، ج١١، ص١٠٦

والإعارة بشرط العوض: مثل قوله أعرتك سيارتي بخمسين ديناراً، فهي إجارة لأن الإعارة بلا عوض في أصلها، ومتى طلب العوض، فذهب الحنفية إلى حمل العقد على معناه لا على اللفظ، فوجود العوض في الإعارة يجعل العقد ينشأ إجارة لتوفر معنى الإجارة لمقصود العقود[1]، وكذلك في المرجوح عند الشافعية[2].

المطلب الثالث – عقود الاشتراك[3] أو الشركات

أولاً: المضاربة

المضاربة: وهي عقد على شركة في الربح، بمال من أحد الجانبين، وعمل من الآخر، والربح بينهما[4]، وعرفها القانون المدني الأردني في المادة (٦٢١ بأنها: عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم رأس المال والمضارب بالسعي والعمل ابتغاء الربح).

إذا شُرط فيها كل الربح للمضارب فعند الجمهور من الحنفية والحنابلة ومرجوح الشافعية أنها: قرض، أو كله لرب المال فهي: بضاعة[5]، والمال حينها بيد القابض أمانة[6]، لأن العبرة للمقصود في كل عقد دون اللفظ.

دفع إليه ألف درهم وقال له: خذها على أن ما رزق الله تعالى فيها من شيء فهو بيننا، فهي مضاربة جائزة بالنصف، لأن كلمة (بين) تنصيص على الاشتراك ومطلق الاشتراك[7]، ولو قال: خذ هذه الألف مضاربة أو مقارضة ولم يذكر ربحا، فهي مضاربة فاسدة، ومعناها القرض، لأن المضارب شريك في الربح وذلك عند الحنفية والشافعية[8].
وعليه فإن قال خذها ولم يرد عليه –أي لم يتفقا على شيء من الربح للآخر–، ففي أجرة المثل وجهان أولا: لا أجرة، حيث أنها إبضاع والربح كله لرب المال، ثانيا: مضاربة فاسدة وتجب أجرة المثل أي الربح شرك بينهما، وذلك عند الشافعية[9]، والحنابلة[10].

قوله أبضعتك على أن نصف الربح لك، إبضاع على اللفظ، –وهو يقتضي أن يكون كل الربح لرب المال–، أو قراض على المعنى حيث يقتضي القراض المشاركة في الربح، ولو قال: قارضتك على أن كل الربح لك فالوجهان قراض فاسدٌ لفظا، حيث يقتضي القراض المشاركة في الربح، قرض صحيح معنى، ففي القرض لا يشارك رب المال في الربح، أو كل الربح لي، قراض فاسدٌ لفظا، وصح إبضاع معنى، حيث في أن الإبضاع الربح لأحدهما وذلك عند الشافعية، وقول للحنابلة أما الحنفية فصح فقط المعنى إذ العبرة في العقود للمقصود، فهي إبضاع، دون القول بأنه قراض فاسد[11].

ثانيا: عقود استثمار الأرض:

---

[1] الحصفكي الحنفي، **الدر المختار**، ج٥، ص٢٥٣، برهان الدين مازة، **المحيط البرهاني**، ج٥، ص٥١٣.
[2] سليمان الجمل، **حاشية الجمل**، ج٧، ص١٢.
[3] تجتمع بكون غايتها مشاركة طرف لآخر بعمل ومال، أو ومال وعمل بمال عمل..وباختلاف الصور.
[4] الحصفكي الحنفي، **الدر المختار**، ج٥، ص٦٤٥.
٥ وهي دفع المال لمن يعمل فيه بلا عوض، والمال بيده أمانة. أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء ، **شرح القواعد الفقهية**، ص٦٢، ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٧.
٦ حيدر، **درر الحكام**، ص٢٠،/ ابن مودود الموصلي الحنفي، **الاختيار لتعليل المختار**، بدون نشر،ج١، ص٢٧، ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢: ص٢٢٨، ابن نجيم الحنفي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٨، ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، ج١، ص٥٥.
٧ السرخسي، **المبسوط**، ج٢٢، ص٣٢.
٨ السرخسي، **المبسوط**، ج٢٢، ص٢٥، السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٦٦.
[9] ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢، ص ٢٢٦،
[10] ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، ج١، ص٥٥.
[11] السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٦٦، علي المرداوي الحنبلي،**الإنصاف**، ج٩، ص٢٩٥، السرخسي، **بدائع الصنائع**، ج١٣، ص٢٥١-٢٥٢.

المعاملة أو المساقاة: هي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمرة بينهما[1]، وعرفها القانون المدني في المادة (٧٣٦ بأنها: عقد شركة على استغلال الأشجار والكروم بين صاحبها وآخر يقوم على تربيتها وإصلاحها، بحصة معلومة من ثمارها).

ستأجرتك لتتعهد نخلي بكذا من نخلها، إجارة فاسدة نظراً للّفظ عند الشافعية وعدم وجود شرط الإجارة، لأن الثمرة المعدومة لا تصح أن تكون عوض في الإجارة، ومساقاة نظراً للمعنى في المرجوح عند الشافعية[2].

الإجارة[3] بلفظ المساقاة: ساقيتك النخل بدراهم، الأصح أنها مساقاة فاسدة نظراً للّفظ عند الشافعية، نظراً لعدم وجود شرط المساقاة – بألاّ تكون بدراهم– وقول ثان عندهم تصح
را للمعنى إجارة[4]، فوجود العمل من العامل مع أجرته على عملهً هي مقومات عقد الإجارة.

المزارعة

المزارعة: هي عقد على الزرع ببعض الخارج[5]، وعرّفها القانون المدني الأردني في المادة (٧٢٣ بأنها: عقدٍ استثمار أرض زراعية بين صاحب الأرض وآخر يعمل في استثمارها على أن يكون المحصول مشتركا بينهما في الحصص التي يتفقان عليها).

أجّره الأرض بثلث ما يخرج منها، فهي مزارعة بلفظ الإجارة[6]، حيث أن ذلك مقصد المزارعة لا الإجارة، والعبرة للقصود.

المطلب الرابع – عقود التوثيقات

الكفالة: وهي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة –فيطالب بالدَّين أيهما شاء– وعرفها القانون المدني في المادة (٩٥٠ بأنها: ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)، فهي تشترك والحوالة في المطالبة بالدَّين بعد إقراض وزيادة توثيق للدِّين، فإذا شُرط في الكفالة براءة ذمة الأصيل تعتبر حوالة بشروطها[7].

والشافعية يطلقون على كفالة الأموال لفظ الضمان، ومنه قولهم: ضمنت مالك على فلان بشرط أنه بريء، فإما حوالة بلفظ الضمان، وإما ضمان فاسد[8]، أي كفالة فاسدة، فالضمان ليس هنا بمعناه الحقيقي الوارد في (المادة ٤١٦) من المجلة أن (الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات)، فهو ذات الكفالة.

الحوالة: ١– وهي نقل الدَّين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال إليه مع براءة المحيل–، كما عرفها القانون المدني الأردني في المادة (٩٩٣: بأنها نقل الدَّين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه)، لكن إذا كانت بشرط عدم براءة المحيل يصرف العقد إلى الكفالة عند الشافعية[9]، والحنفية[10]، كأن قال: أحلتك أحلتك بالدين المطلوب مني على فلان على أن تبقى ذمتي مشغولة، حتى يدفع المحال عليه الدين، فاللفظ حوالة، لكن الحوالة لا تقتضي انشغال ذمة الأصيل، بل هذا ما تقتضيه الكفالة، لذلك كان هذا

---

[1] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي**، ج٦، ٤٨٦.

٢ السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٦٦، الزركشي، **المنثور**، ج٢: ص٣٧٣، تاج الدين السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص ١٨٣.

[3] الإجارة: هي عقد على المنافع بعوض، علي بن أبو بكر بن عبد الجليل أبو الحسن المرغيناني، **الهداية شرح البداية**، المكتبة الإسلامية، ج٣، ص٢٣٢.

[4] السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١: ص٣٠٢، الزركشي، **المنثور**، ج٢، ص٣٧٣.

[5] الحصفكي، **الدر المختار**، ج٥، ص٥٨٢

[6] ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، ج١، ص٥٥

٧ السرخسي : **المبسوط** ج٢٣، ص٣٠٩، أحمد الزرقاء ، **شرح القواعد الفقهية**، ص٦٠، ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٧.

[8] ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٢٨، الحصني، **القواعد**، ص٤١٣، السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٦٨

٩ عماد جمعة، **القواعد الفقهية**، ص٤٧، علي حيدر، **درر الحكام**، ج١: ص١٩، النووي،**المجموع شرح المهذب** ،ج٩، ص١٦٣

[10] علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٢١.

الشرط قرينة صارفة من الحوالة، إلى كفالة[1]، وهذا ما نصت عليه المادة (٦٥٨ من القانون المدني الأردني: الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة).

المطلب الخامس – عقود الإنابة

الوكالة: هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم[2]، وعرّفها القانون المدني الأردني في المادة (٨٣٣: بأنها عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم).

فالوصاية في أثناء الحياة وكالة، والوكالة بعد الوفاة وصاية[3].

وكذلك بني جواز الوكالة بجعل بناءً على العبرة بصيغ العقود[4]، لأن قول وكلتك كذا بكذا بمعنى الإجارة[5].

المطلب السادس – التطبيقات المستثناة من القاعدة

البيع بنفي الثمن: بأن قال شخص لآخر بعتك هذا الجمل بدون ثمن، فالبيع باطل وليس هبة؛ لأن الأمر دار بين محظور ومباح، بيع بلا ثمن وهو فاسد محظور، وهبة مباحة، فغلب الحظر، بخلاف القاعدة وهي دورانهما بين مباحين[6]، وقيل ينعقد إباحة –وهي تسليط من المالك دون التمليك على استعمال العين أو استهلاكها، الإجارة بنفي الأجرة لا تنطبق عارية والعلة عدم وجود معنى الإجارة في الإعارة لخلوها من العوض[7]، كما أن انعقادها بلا ثمن كالبيع بلا ثمن فكلاهما فاسد محظور كما سبق.

وفي مذهب الحنفية خرج عن هذا الأصل أمور منها: لا تنعقد الهبة بالبيع بلا ثمن، ولا العارية والإجارة بلا أجرة، ولا البيع بلفظ النكاح والتزويج، ولا العتق بلفظ الطلاق، فالطلاق والعتاق تراعى فيها الألفاظ لا المعنى عندهم[8].

الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض[9]، وخاصةً في القضاء، فإذ اعتبرنا النية فيها ضاعت الحقوق وما عاد للأيمان فائدة، حيث أنه يحلف بلفظ وينوي آخراً[10]، وذلك واضح في فروع الحنفية فلا تتوقف الأيمان على النية عندهم[11]، وعند المالكية هناك خلاف مطوّل في انعقاد اليمين بالنية دون اللفظ[12]، أحدها لا تنعقد الأيمان بالنية[13].

ومن ذلك عند الشافعية: عقد على معين بلفظ السلم، أسلمت إليك هذه الدراهم بهذه العين، فلا يصح سلما لاختلال اللفظ- إذ السلم يقتضي الدينية، والدينية مع التعيين يتناقضان- ولا بيعا[14].

---

[1] الحموي، **غمز عيون البصائر**،ج٢، ص٢٢٦

[2] البابرتي الحنفي، **العناية في شرح الهداية**، ج١١، ص٧١.

[3] ياسين الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ج١، مجلد١، القسم الثالث، ص٢٢٦.

[4] شمس الدين الرملي الشافعي، **نهاية المحتاج**، ج٥، ص٥٢.

[5] سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، المكتبة الإسلامية، ديار بكر تركيا، ج٣، ص٦٤

[6] تاج الدين السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص ١٧٦، الزحيلي، **القواعد**، ص٣٧٤، علي حيدر، **درر الحكام**، ص١٩(ز)، أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء ، **شرح القواعد الفقهية**، ص٧٦.

[7] علي حيدر، **درر الحكام**، ص١٩.

[8] ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٠٨

[9] محمد صالح الحسيني، **شرح مائة قاعدة أصولية** ،القاعدة رقم(٣).

[10] وهبة الزحيلي، **الفقه الاسلامي وأدلته**، ج١، ص١٣٥.

[11] الحموي الحنفي، **غمز عيون البصائر**، ج١، ص١٦٠.

[12] محمد الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج٩، ص٣٥٠.

[13] القرافي، **الفروق**، ج٤، ص٤٧٢.

[14] أبو بكر الحصني، **القواعد**، ص٤٠٢، عبد الحميد الشرواني الشافعي، **حواشي الشرواني**، ج٤، ص٤٠٢

وعلى الرغم من هذه المستثنيات إلا أن فيها خلافاً وتَرَدُّداً بين الفقهاء، ففي القانون الأمر متروك لحنكة القاضي وتقديره في معرفة القصد الحقيقي الذي هو مبنى العقد، فالأصل بما أضمر المتعاقدين والذي أشهدا الله عليه[1].

المبحث الثاني - تطبيقاتها في الإرادة المنفردة

قسم الزركشي العقد باعتبار الاستقلال به وعدمه، إلى ضربين: عقد ينفرد به العاقد، وهذا ما نقصد به هنا الإرادة المنفردة أي أن للعقد طرف واحد لا ثاني له، وعقدٍ لا بد فيه من متعاقدين[2]، وكذلك فقد اهتم القانون المدني الأردني بالإرادة المنفردة وكان ذلك واضحا في ثنايا مواده فجاء في المادة (٢٥١):

. تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء العقد، وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ويبقى الإيجاب في العقود خاضعا للأحكام الخاصة به.)

وكذلك في المادة (٢٥٢)

(إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك.)

وغيرها من المواد الدالة على الالتزام في الإرادة المنفردة، فمن تطبيقات هذه القاعدة في الإرادة المنفردة:

أولاً: عقود تبرع منها:

الوقف:

فلو وقف على دابة فلان فالأصح عند الشافعية البطلان نظراً إلى اللفظ، ويصح نظراً إلى المعنى في قول ويصرف في علفها، فلو لم يكن لها مالك بأن كانت وقفا فهل يبطل نظرا للفظ أو يصح نظرا للمعنى وهو الإنفاق عليها، إذ هو من جملة القرب وجهان[3].

ومن ذلك الإنصراف للمقصود في الفعل، كأن بنى مسجداً، فمقصوده جلي في الوقف، ولم يأمر النبي أحد بأن يقول: (وقفت هذا المسجد)[4]، وفي الوقف أيضا قوله: وقفت لأولادي ولم يكن له أولاد، صح ويحمل على الفقراء[5].

ثانيا:عقود الإسقاط

في الإبراء :

-ففيه قول الدائن لمدينه: أنت بريء مما لي عليك، تفسر كلمة (على) بتحملها معنى الديون دون الأمانات، ومنه قول: أنت بريء مما لي عندك، وتفسر كلمة (عند)، بحملها على الأمانات دون الغصب أو المضمون، ومنه قوله: أبرأتك عن هذه العين، فلا يصح لكونه إنشاء، والعين لا تقبل الإبراء[6].

-منه لو قال: وهبته منك، وقصد الدين، فالهبة عقد يحتاج لقبول، أما الإبراء من الدين فلا يحتاج لقبول بصفته تصرّف بإرادة منفردة، وحمله على الإبراء أصح[7].

-وقوله لعبده جعلت عليك ألفاً تؤديه نجوماً، فإن أديت فأنت حر وإلا فقن[1]، فهي مكاتبة[2] استحساناً لأن العبرة للمعاني دون الألفاظ، فإتيانه بمعنى الكتابة مفسرا أولى من إطلاق الكتابة إذ المفسر أقوى[3].

---

[1] المحمصاني، **النظرية العامة للموجبات والعقود**، ص٢٨٤.
[2] الزركشي، **المنثور**، ج٢: ص٣٩٧.
[3] السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١: ص١٦٩.
[4] ابن تيمية، **القواعد النورانية**، ج٢: ص٣٠٨.
[5] ابن نجيم الحنفي، **الأشباه والنظائر**، ج١: ص١٩٣
[6] سوار، **التعبير عن الإرادة**، ص٥٥٩.
[7] السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١: ص٣٠١.

ثالثاً: عقود الإخبارات منها:

الإقرار: جاء في المادة (١٥٧٢) من المجلة (الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر)

-قوله: لفلان عليّ درهم غير دانق، فإن كانت غير بالنصب لزمه دفع خمسة دوانق لمجيئها استثناءً، والدرهم يساوي ست دوانق، أما إن كانت غيرُ أي بالرفع، لزمه دفع درهم تام، لمجيئها صفة للدرهم، أي أقر بدرهم مغاير للدانق[1].

-وفيه لو قال الدائن: أليس لي عليك ألف؟ أجاب المدين بلى، فهو إقرار له بها، وإن قال نعم، لا يكون إقراراً، وقيل يكون بهما إقرارا بناءً على العرف لا على اللغة، إذ بلى مع جواب السؤال المنفي تكون إثباتا له، ونعم تنفي ذلك[5].

-وفيه لو أقر لآخر بالعلانية بمال، وتواضعا سراً على إبطال هذا الإقرار، لم يصح الإقرار إذ العبرة بالقصد الحقيقي، كما في بيع التلجئة[6].

رابعاً: في الوعد

عرَّفه القانون المدني الأردني في المادة (١/٢٥٤): هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل، لا على سبيل الالتزام في الحال، وقد يقع على عقد أو عمل، والوعد هنا يختلف عن عقد الوعد الذي نظمته المادة (١٠٥-١٠٦) من القانون المدني الأردني فهذا عقد بإرادتين.
وقد ألزم القانون المدني الواعد بالوفاء كما ورد في المادة (٢/٢٥٤): (يلزم الوعد صاحبه ما لم يمت أو يفلس).

ومنه الوعد بالجائزة، وهو بالفقه الإسلامي الجعالة، ومثاله: لو وعد بجائزة لمن وجد طفلاً، ثم وجده أحدهم، وأنكر أو ادعى العدول عن الوعد، فالقانون المدني الأردني نصٍ على إلزامه بما وعد في المادة (٢٥٥: ن وجَّه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين وعين له أجلا، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة .
إذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده إعلان للكافة على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان عدول الواعد.)
فلو قال له استأجرتك لتفعل ولم يحدد زمناً، معنى العقد جعالة في الأغلب، حيث أن عدم تحديد مدة فيه قد يمنع الإجارة، فتفوت المصلحة لذلك يُقتضي في الجعالة جهالة الزمن وهو شرط فيها، على خلاف الإجارة فهي شرط فيها تحديد الزمن لعدم النزاع[7].

الفصل الثالث – التطبيقات المعاصرة للقاعدة

كثُرت تطبيقات هذه القاعدة في العصور المتأخرة حيث لا تحصى تطبيقاتها، فكان ذكر بعض النماذج لهذه التطبيقات الرائجة في المعاملات نافعا مفيدا، وذلك على سبيل الاستقراء لا الحصر، فقد يكون ما لم يذكر أكثر مما ذُكر.
ويشتمل هذا الفصل كذلك على مبحثين:
المبحث الأول: التطبيقات المعاصرة للقاعدة في الفقه الإسلامي ويشتمل على:
المطلب الأول: تطبيقات القاعدة في المعاملات

---

[1] القن: العبد، ابن منظور، **لسان العرب**، ج١٣، ص٣٥١.
[2] المكاتبة: أن يكاتب العبد على نفسه بثمنه فإذا سعى فأداه يعتق، الرازي، **مختار الصحاح**، ج١: ص٢٣٤.
[3] ابن نجيم الحنفي، **البحر الرائق**، ج٨: ص٤٦.
[4] سوار، **التعبير عن الإرادة**، ص٥٦٠، نقلا عن الكاساني الحنفي، **بدائع الصنائع**، ج١٦: ص١١٨.
[5] سوار، **التعبير عن الإرادة**، ص٥٦٢، الحصفكي الحنفي، **الدر المختار**، ج٥: ص ٥٩٥.
[6] ابن عابدين الحنفي، **حاشية رد المحتار**، ج٦: ص١٦٥.
[7] القرافي، **الفروق**، ج٣: ص٣٣٩.

المطلب الثاني: التعبير الحكائي
المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للقاعدة في القانون المدني الأردني ويشتمل على:
قرارات محكمة التمييز المبنية على هذه القاعدة

المبحث الأول – التطبيقات المعاصرة للقاعدة في الفقه الإسلامي

ومن التطبيقاتٍ على هذه القاعدة جميع المعاملات المالية المعاصرة حيث أن استحداث هذه المعاملات كان مستدعياً لاجتهاد في تكييفها واندراجها تحت أي من المعاملات الأساسية، وذلك بتوافق مقصود وأركان كل من المعاملة المستحدثة مع المعاملة الأساسية فكما سبق للقاعدة علاقة وثيقة مع تكييف العقد ومن ذلك:

المطلب الأول – المعاملات المالية المعاصرة

سندات المقارضة: والمقارضة مأخوذة من القراض، العقد المعروف بالمضاربة، والتي هي شركة تقوم على أساس أن رأس المال يكون من شخص، والعمل من شخص آخر، أما سندات المقارضة فعرَّفها مقدم الفكرة سامي حمود بأنها: "الوثائق الموحدة القيمة التي تصدر بأسماء مالكيها مقابل الأموال التي قدموها لصاحب المشروع بعينه بقصد تنفيذ المشروع واستغلاله وتحقق الربح"[1]، فيملك صاحب السند حصة شائعة في المشروع وله أن يتصرف فيها كيفما شاء من بيع وهبة...، وتخصص نسبة من الأرباح للإطفاء التدريجي لأصل قيمة السند بفترة معينة ينتهي بعدها صاحب المشروع لامتلاك المشروع ودخله كاملا، وهي وإن اختلف المسمَّى إلا أن أساسها الفقهي يعتمد على المضاربة، فالعقد إنما يعتبر به القصد والمعنى[2].

ومن الأمثلة عليها: رجل يملك فندقاً ويريد أن يجعل نظام تشغيله مطابقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بمشاركة في جميع نشاطات الفندق، (من تأجير مبنى، وتأجير سيارات، خدمات نقل، وتقديم طعام وغيره)، ويعرض صاحب الفندق أن يطرح شهادات استثمار لمدد مختلفة تتراوح بين سنة وثلاث سنوات. ومن حق صاحب الشهادة أن يسترد قيمتها مع أرباحها في نهاية المدة وتوزيع الأرباح بينهم حسب الاتفاق فيما بينهم، وفي حالة الخسارة الناتجة عن العمل أو ما قد يتعرض له المبنى من أخطار يتحمل الجميع فيها كل بحسب رأسماله، وعلى هذه الصوره أقرها المجمع الإسلامي في دورته الثالثة، بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي، لعام ١٩٨٨، قرار رقم (١٠)[3].

الأوراق التجارية: مثل الكمبيالة: "محرر يتعهد فيه المدين بأن يدفع مبلغا معيناً في تاريخ معين، لإذن الدائن نفسه، أو لإذن الحامل للمحرر"[4]، والسند الإذني: والذي هو محرر يتعهد فيه المقترض بدفع مبلغ معين عند الطلب أو في تاريخ معين إلى شخص بالذات أو إلى حامله، وقد يتضمن سعر فائدة مستحقة على الدين[5]، وكذلك الشيك: والذي يعرف بأنه "محرر من الساحب إلى شخص آخر(المسحوب عليه) يطلب بمقتضاه بدفع المبلغ المذكور لحامله، من حساب الساحب"[6]، فكذلك وبالرغم من هذه التسميات والمصطلحات إلا أنها تُأصَل على أن تحصيل جميع هذه الأوراق عبارة عن وكالة بأجرة؛ فالعميل يوكل البنك في تحصيل دينه مقابل أجر معين[7].

---

[1] محمد عثمان شبير، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، دار النفائس، الأردن، ط١: ١٩٩٦م، ص١٨٩، عن بحث سندات المقارضة، للدكتور سامي حمود، ص١٣.

[2] محمد شبير، **المعاملات المالية**، ص١٩٠.

[3] موسوعة فقه المعاملات، www.moamlat.al-islam.com

[4] إبراهيم أنيس، وعبد الحليم منتصر، وآخرون، **المعجم الوسيط**، ط٢، ج٢: ص٧٩٧

[5] محمد شبير، **المعاملات المالية**، ص٢٠٢، عن الموسوعة الإقتصادية لراشد البراوي: ص٣١٥، ولم أجده.

[6] محمد شبير، **المعاملات المالية**، ص٢٠٢، عن الموسوعة الإقتصادية لراشد البراوي:ص٣٣٨

[7] محمد نجدات، **الوكالة في الفقه الإسلامي**، ص ٢٤٥، محمد شبير، **المعاملات المالية**، ص٢٠٥، حسن علي الذنون، ومحمد سعيد الرحو، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، ص١٥٤.

أما بالنسبة لخصم هذه الأوراق-أي سحب مبلغها قبل حلول موعدها- فمختلف في تخريجه وتكييفه، منها تخريجها على الجعالة؛ بتوكيل العميل للمصرف أو غيره بتحصيل الأوراق مقابل جعل، وفيها رد أن الجعالة دون تحديد أجل، وهذه محددة، وتخرّج على أنها قرض من المصرف للعميل إلى أن يحصّل قيمتها هذا المصرف، والأجرة فيه قائمة على الربا وهو ما رجحه الشنقيطي، وتخرج على البيع، بأن باع دينه معجلا بأقل من المؤجل وعليه خلاف متردد بين العلماء بالجواز وعدمه[1].

الاعتمادات المستندية: والتي هي"التسهيل المالي التي تمنحه المصارف لعملائها المستوردين، حيث يُمكّنهم من فتح اعتمادات لحساب المصدّرين في البنوك الخارجية، والحصول على ثقة المصارف"[2]، فهو يمثل حفظ مصلحة المصدّر والمستورد على حد سواء، وعلى ذلك فإنها تكيّف على أنها وكالة ورهن، فيتوكل المصرف بأداء دين العميل، مع رهن البضاعة عنده إلى أن يستوفي الثمن الذي وُكل بأدائه، إلا أنه لا يشمل كفالة البنك للعميل بدفع ثمن البضاعة للمستفيد (المصدّر)[3].

وتكيّف على أنها وكالة، فالبنك بالنسبة لفاتح الاعتماد كالوكيل بالنسبة لموكله[4]، فأجرة البنك في حال التغطية الحسابية الكاملة لا مانع منها على الأرجح إذ أنها وكالة بجعل، وإذا كان عمل المصرف فيه جهالة، فعمولته تصح على أنها جعالة[5].

وتخرّج على أنها عقد بيع؛ حيث أن المصرف يسدد دين عميله المستورد للمصدّر بالعملة الأجنبية، فيمكن افتراض أن المصرف يبيع العملة الأجنبية في ذمته بالعملة المحلية، وتخرج على المرابحة؛ فيشتري المصرف البضاعة، ثم يبيعها للمستورد، وقد تخرج على أنها مشتملة عدة عقود مجتمعة كالوكالة والرهن... والراجح هنا أنها مع تغطيتها الحسابية تخرج على الضمان كما بيّن الشنقيطي[6].

خطاب الضمان: " تعهد كتابي صادر عن البنك بناءً على طلب عميله، يلتزم فيه لصالح هذا العميل بمواجهة شخص ثالث هو المستفيد، بأن يدفع مبلغا معينا إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب"[7]، وعلى الخلاف الوارد في تكييفها الفقهي من قائل أنها كفالة حيث أنها التزام الشخص مالا واجبا على غيره لشخص ثالث، إلا أن المصرف لا يستطيع أن يأخذ عمولة إذ الكفالة عقد تبرع[8].

وتكييف ثان له أن خطاب الضمان عمل، مخرّج على قاعدة (الخراج بالضمان)، بالقول أن متحمل ضمان الشيء إن تلف، فله الحق بأن يحصل على منفعته، فالمنفعة مقابل الضمان هنا، ففيه شراكة عقد محله ضمان عمل العميل، وذلك منطبق عليه فيما إذا كان الضمان مغطىً من العميل فقط[9].

وتكييف ثالث بأنه جعالة؛ حيث أن التعهد المشتمل عليه الخطاب، يعزز قيمة التزامات الشخص المقاول، وبذلك يكون عملا محترما يفترض عليه جعالة، أو عمولة من قبل ذلك الشخص، إلا أن هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري، رفضت هذا التكييف ومنعته لأسباب كثيرة[10].

وتكييف رابع له بأنه وكالة؛ حيث أن العميل ينيب المصرف مكانه في عمل معين يجريه له، وهو ما وافقت عليه الهيئة الرقابية لبيت التمويل الكويتي، شريطة أن تكون العمولة مقابل خدمة حقيقية

---

[1] محمد مصطفى الشنقيطي، **دراسة شرعية لأهم العقود**، ص ٣٤٩-٣٥١

[2] محمد شبير، **المعاملات المالية**، ص٢٣٧، عن معجم المصطلحات التجارية لقسطو، ص٣١.

[3] علاء الدين زعتري، **الخدمات المصرفية وموقف الشريعة منها**، دار الكلم الطيب، دمشق، ط١، ٢٠٠٢م، ص٣٨٥

[4] سامي حسن أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط٢، ١٩٨٢م، ص٣٠٦، محمد شبير، **المعاملات المالية**، ص٢٤٠.

[5] محمد نجدات المحمد، **الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة**، دار المكتبي، ص١٨٧-١٨٨

[6] محمد مصطفى الشنقيطي، **دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة**، مكتبة العلوم والحكم، ط٢٠٠٩، ص٣٠٠-٣٠٢

[7] محمد شبير، **المعاملات المالية**، ص٢٤٨.

[8] محمد نجدات، **الوكالة في الفقه الإسلامي**، ص٢٠٦.

[9] محمد نجدات، **الوكالة في الفقه الإسلامي**، ص٢٠٨.

[10] محمد نجدات، **الوكالة في الفقه الإسلامي**، ص٢١٠.

يقدمها المصرف، وله أجر المثل ابتعاداً عن الربا[1]، فما خطاب الضمان إلاّ توكيل من العميل للمصرف بإقرار حق –صائر للثبوت، من العميل للمستفيد، وإن لم تذكر كلمة الوكالة في العقد، إذ العبرة في العقود للمعاني لا للمباني[2].

إلا أن مجمع الفقه الإسلامي[3] رجح القول بأنها تكيّف وكالة إذا كان خطاب الضمان مغطى تغطية كاملة من قبل العميل، وكفالة إذا كان غير مغطى، وإن كان مغطى تغطية جزئية فالجزء المغطى وكالة، وفي غير المغطى كفالة، وبلا أجرة على تكييفه بالكفالة[4].

وعلى أيٍ كان تكييفها وحكمها فبنائهما ما كان إلا عن تصورِ حقيقة الخطاب ومقصوده، والاعتداد والاعتبارُ مبني في العقود على القصود.

الإجارة المنتهية بالتمليك: أن يقوم المصرفِ بتأجير عين –كسيارة- إلى شخص مدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد عِن أجرة المثل، على أن يُملّكه إياها بعد انتهاء المدة، ودفع جميع أقساط الأجرة بعقد جديد[5]، وفيها أيضا الخلاف في تكييفها بين بيع تقسيط، أو وعد ملزم للمصرف بعد انتهاء فترة الإجارة بتمليك العين إما هبة أو بيعا، أو أنها عقد يشتمل على الإجارة والبيع والوعد، وذكر رفيق المصري أنها تشتمل على وعد بالشراء وتأجير، وبيع، فإذا كان الوعد ملزما، فهي غير جائزة، حيث أن الوعد الملزم بمثابة العقد، فيعتبر أنه باع ما لم يملك، أو باع قبل القبض، بل قبل الشراء ذاته، أما إن كان الوعد غير ملزم فلا مانع[6].

إلا أن مجمع الفقه الإسلامي[7] قرر الاكتفاء عن صور الإجارة المنتهية بالتمليك ببدائل منها -البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية، وقد أجازها العلماء في الندوة الفقهية لبيت التمويل الكويتي المنعقدة في الكويت ٧-١١الشهر٣ لعام١٩٨٧ حيث اعتبرتها إجارة وهبة مع مراعاة بعض الضوابط[8]، الضوابط[8]، فمن أجازها أجازها على أنها بيع وشرط، أو لجواز عقدين في صفقة عندهم[9]، ولكل أدلته.

المضاربة المشتركة: هي صيغة تعاقدية مطورة لشركة المضاربة الثنائية، وهي تقوم على أساس أن يعرض المصرف -باعتباره مضاربا- على أصحاب الأموال استثمار مُدَّخراتهم لهم، كما يعرض المصرف -باعتباره صاحب مال أو وكيل عن أصحاب الأموال- على أصحاب المشروعات الاستثمارية استثمار تلك الأموال، على أن توزع الأرباح حسب الاتفاق بين الأطراف الثلاثة، وتقع الخسارة على صاحب المال[10].

وتكييفها الفقهي مضاربة، فهي تتضمن جميع السمات الأساسية التي تتسم بها المضاربة في الفقه الإسلامي من اعتبار رأس المال أحد أركانها، يدفعه شخص أو أشخاص إلى المضارب ليعمل فيه برأيه وخبرته، بشرط معلومية مقدار رأس المال[11].

بطاقات الائتمان: "هي البطاقة الصادرة من البنك أو غيره تخول حاملها الحصول على حاجياته من السلع أوالخدمات"[1].

---

[1] رفيق المصري، **بحوث في فقه المعاملات المالية** ص٢٨٤، محمد نجدات، **الوكالة في الفقه الإسلامي**، ص٢١٠.

[2] علاء الدين زعتري، **الخدمات المصرفية وموقف الشريعة منها**، دار الكلم الطيب، دمشق، ط١، ٢٠٠٢م، ص٣٤٩.

[3] قرارات **مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة الثانية في جدة، ١٠-١٦ من ربيع الثاني لعام١٤٠٦، الموافق ٢٢-٢٨ من شهر ١٢ لعام١٩٨٥.

[4] بكر بن عبدالله أبو زيد ، **فقه النوازل**، مكتبة الرشد، الرياض، ط١٤٠٧، مجلد ١، ص٢٠١، محمد شبير، **المعاملات المالية**، ص٢٥٨،

[5] محمد شبير، **المعاملات المالية**، ص٢٨١.

[6] رفيق المصري، **بحوث في فقه المعاملات المالية** ص٢٨٢.

[7] قرارات **مجمع الفقه الإسلامي** المنعقدة في الكويت ١-٦ جمادى الأولى لعام١٤٠٩، الموافق ١٠- ١٥ من شهر ١٢ لعام ١٩٨٨م.

[8] محمد شبير، **المعاملات المالية**، ص٢٨٤.

[9] حمد العزام، **تحول العقد**، ص٣٠

[10] محمد شبير، **المعاملات المالية**، ص٣٠٠.

[11] محمد شبير، **المعاملات المالية**، ص٣٠١.

والتكييف الإجمالي لهذه البطاقات يتناسب مع استخداماتها المتعددة فهي عقد مركب من عدة وجوه:
١-العلاقة بين حاملها ومُصدرها تتكون من ثلاثة عقود: الكفالة، والإقراض، والوكالة، فالمصدر كفل حاملها للتاجر، وأقرضه قيمة المسحوبات، وحامل البطاقة وكل المصدر بالوفاء للقيمة للتاجر.

٢-العلاقة بين المُصدر والتاجر تتكون من عقدين الضمان والوكالة، فقد ضمن المصدر للتاجر الوفاء بمستحقاته، ثم قام المصدر بتحصيل هذه المستحقات.

٣-العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر، إما بيع أو إجارة حسب طبيعة المعقود عليه[٢].

وهذا كله في حال وجود حساب للعميل يسحب البنك منه، أما إن لم يكن وكان عبارة عن دين من البنك لصالح العميل، فيسده خلال فترة زمنية محددة، وإن زادت الفترة زادت العمولة، فما هذا إلا عين الربا على الأرجح[٣].
وقد تحمل على القرض الربوي؛ وذلك في حالة عدم تسديد العميل للمبلغ في وقته، فيعطيه المصرف قرضا بقيمتها يدفعه على أقساط، تتضمن فوائد تعويضية لقاء الأجل، وهو عين الربا[٤].
وقد تدخل هذه البطاقات في معاملات الحوالات الداخلية في البلاد، والخارجية عنه، فالداخلية مقتصرة على كونها وكالة بأجر، حيث يوكل العميل المصرف بنقل ماله إلى بنك أو فرع آخر، أما في الحوالات الخارجية فتشمل الوكالة بأجر والصرف، حيث تتغير العملة، ولا بأس في كليهما، أما عن شرط القبض في مجلس العقد في الصرف، فقد اعتبر ضمنيا بأخذ العميل للإشعار[٥].

الجوائز: فكذلك تعتبر من التطبيقات المعاصرة لهذه القاعدة، وذلك بسبب اختلافها في المسميات الجديدة عن المسميات السابقة، وعلى تكييفها وأصلها يكون حكمها، فمن تلك المسميات: المسابقات، المكافآت، أذكر بعض الصور منها مع ردها لأصولها:

جائزة الأمير فيصل العلمية والثقافية، فهذه الجائزة من نشاطاتها تسهيل البحث العلمي، وتحفيظ القرآن الكريم والتحفيز لبحوث الصحف والمجلات... وأصل السبق وارد في القرآن والسنة { يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ} سورة يوسف آية١٧، وفي السنة النبوية ما أخرجه الترمذي في سننه عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر)[٦] وفي الإجماع ما نقل عن ابن قدامة على جواز السبق فقال: "أجمع المسلمون على جواز المسابقة في الجملة"[٧].
ومنها جوائز مقدمة من البنوك كرحلة حج أو عمرة بأهداف دعائية محفزة للبنك والعملاء، وفي البنوك الإسلامية الجوائز على الحسابات الاستثمارية وهي الودائع التي يقبلها المصرف على أساس أنها مضاربة تخضع للربح والخسارة، ولا تكون تلك الجوائز من الأرباح[٨]، ومنها الجوائز على استخدام بطاقات الصراف الآلي (بطاقات الائتمان) التي هي من باب الترويج والتسويق للمصرف[٩].

---

[١] عبد الحق حميش، **قضايا فقهية معاصرة**، مكتبة جامعة الشارقة، الإمارات العربية، ط٢: ٢٠٠٧م، ص١٢٣، عن معجم اكسفورد ص٢٧٧.

[٢] عبد الحق حميش، **قضايا فقهية معاصرة**، ص١٣٠

[٣] محمد نجدات، **الوكالة في الفقه الإسلامي**، ص٣٨٤.

[٤] رفيق المصري، **بحوث في فقه المعاملات المالية** ص٢٨٥.

[٥] علاء الدين زعتري، **الخدمات المصرفية** ، ص٥٧٦-٥٧٧.

[٦] محمد بن عيسى الترمذي السلمي، **سنن الترمذي الجامع الصحيح**، حديث رقم ١٧٠٠، باب الرهان والسبق، وقال حديث حسن، وصححه الألباني.

[٧] ابن قدامة، **المغني**، ص٤٠٤

[٨] باسم أحمد عامر، الجوائز، **أحكامها الفقهية وصورها المعاصرة**، اشراف عباس الباز، الجامعة الأردنية، لعام٢٠٠٤، ص١١٢.

[٩] باسم أحمد، **الجوائز**، ص١١٤

أما الجوائز على الحسابات الجارية، فبتكييفها أنها قرض، تكون الزيادة محرمة لأنها قرض جر منفعة[1].

ومن ذلك الجوائز المقدمة بشتى أشكال اليانصيب[2]، من تذاكر اليانصيب المشهورة، وذلك بشراء تذكرة وعليها أرقام ويتم السحب والاقتراع فإن ظهر رقم هذه التذكرة في القرعة كانت له الجائزة، ويانصيب الخيول: أوراق مرتبطة بسباق الخيل، فأي خيل تفوز تكون الجائزة من نصيب أصحاب هذه البطاقات المرشحة لهذا الخيل،[3] ومنها اليانصيب الرياضي: بوجود بطاقات رياضية تشترى ثم يمسح المكان المخصص، فإن ظهرت له علامة معينة يكن من الفائزين بجائزة، وإلا فقد خسر المبلغ المدفوع مقابل هذه البطاقة[4]. وإن لم يكن هذا ناهيا لمثل ذلك السبق، فلينهه ما يحصل بعده من إثارات لنزعات العصبية الجاهلية، قتل المسلمين بعضهم بعضا لانتصارهم لعنصريتهم.

وآخرها وهي أكثرها رواجا؛ اليانصيب الهاتفي والتلفزيوني، بالاتصال بأرقام معينة، وأجرة هذا الاتصال أضعاف أضعاف الاتصال العادي، فقد يربح بمجرد الاتصال، وقد يكون مشروطا بإجابات لأسئلة تافهة، فيربح، أو يتم السحب والقرعة ثم يكون الربح...[5]، وإن كان لها مزايا بحصول الشركة المنظمة لأرباح عالية، وحصول فئة قليلة من المتسابقين على جوائز، إلا أن سلبياتها أضعاف مضاعفة، من خسارة أصحاب الاتصالات المتكبدين لقيمة الجوائز، ومن حث للناس على الكسل وترك العمل والاعتماد على الحظ، ومن حصر للثروة على جهة معينة وهي أصحاب الشركات، وبقاءها في يد الأثرياء فقط[6].

فما هذه كلها إلا صور عن القمار[7] المنهي عنه، ولكن باختلاف المسمّى، فالحرمة المصاحبة له إنّما كانت لمقصده ومعناه المساوي، بل والأشد من القمار الحقيقي، فالعبرة إنما هي للقصد.

المطلب الثاني – التعبير الحكائي

فالقول السائد في الفقه إعمال القصد الحقيقي؛ وإن غالى بعض الفقهاء في الإغراق في المادية والظهور واعتبار اللفظ، مثل التعبير الحكائي[8]؛ كالملقن لقنت امرأة فقالت "زوجتك نفسي" وهي لا تعلم معناها بوجود شهود وقبول الرجل، قيل صح العقد، وقيل لا، وفيه جملة مسائل من طلاق وعتاق ونكاح وخلع وإبراء[9]، وذكر شبيهه ابن القيم في فصل اعتبار المقاصد والنيات في الألفاظ فقال: ولو قال أعجمي لامرأته أنت طالق وهو لا يفهم فإلا يقع كالمكره[10].

وحالة التعلم والتعليم إذ كتب المعلم على نفسه كمبيالة لصالح أحد الطلاب، وحالة التمثيل المسرحي كعقد الممثلين صفقة تجارية، أو عقد نكاح أو طلاق صادر من الممثلين، إذ هو مجرد كلام روائي غير مقصود[11]، فلا نعتبر اللفظ ما دام غير مقصود، فالعبرة للقصد.

وعليه لو اعتبرنا العقود السارية فيما سبق عامة، وفي التمثيل المسرحي والتلفزيوني خاصة، وبنيناها على الصحة، لما تناسب ذلك وروح الشريعة الإسلامية، ومرونتها مع كل عصر، فمعلوم أنه لا يخلو التمثيل من العقود، سواءً التجارية، أو المتعلقة بالزواج والطلاق، وغيرها من العقود.

فهذه العقود وإن تمت أركانها وصيغتها ومع وجود شهود على ذلك، إلا أنها غير معتبرة، حيث أن إرادة المتعاقدين لم تنصرف إليها، بل وانحصرت إرادتهم بإيصال فكرة معينة مقصودة للشاهد، ومعلوم أن

---

[1] باسم أحمد، **الجوائز**، ص١١٣.

[2] اليا حرف نداء، والنصيب: هو الحظ، وهي الاعتماد على الحظ بكسب المال وترك العمل،ص١٣٣

[3] باسم أحمد، **الجوائز**، ص١٣٨.

[4] باسم أحمد، **الجوائز**، ص١٣٩.

[5] باسم أحمد، **الجوائز**، ص١٤٠

[6] رفيق المصري، **بحوث في فقه المعاملات المالية**، ص٢٩٩.

[7] وهو التردد بين الغنم والغرم، المغني ابن قدامة(١٣/ ٤٠٨)

[8] وهوأن يصدر التعبير باللسان، دون قصد مراده، وهدفه الحكاية، وضرب المثال، للعلم به بطريقة مغايرة للإنشاء.

[9] وحيد الدين سوار، **التعبير عن الإرادة**، ص٣٧٤.

[10] ابن القيم، **اعلام الموقعين**، ج٣: ص٦٣.

[11] وحيد الدين سوار، **التعبير عن الإرادة**، ص٣٧٦، وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي**، ج٤: ص٥٤٧

العبرة في العقود إنما هي للمقاصد، فكيف إذا لم يكن يقصدها عاقديها؟، ويعلم كل من حولهم أن ما هذا إلا صورية مجردة عن القصد.

المبحث الثاني - التطبيقات المعاصرة للقاعدة في القضاء الأردني

وبعد أن ذكرنا بعض تطبيقات الفقه الإسلامي للقاعدة، كان ولا بد ذكر بعض التطبيقات المعاصرة من القضاء المستمد من الفقه أصلا ولكن كان هناك بعض الاختصاص في القانون فتميزت واختلفت تطبيقاته عن تطبيقات الفقه الإسلامي.

قرارات محكمة التمييز المبنية على القاعدة

(قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم٢٠٠٥/٣٩٧١ بتاريخ ١٠-٥-٢٠٠٦، منشورات مركز عدالة)

وفيه جاء رفض الاستئناف المقدم من شركة التأمين على قضية المدعي مراد فرحان والذي سبق وأخذ حكما بالتعويض عن الأضرار المادية (قيمة الإصلاحات والعطل ونقصان قيمة السيارة) بعد حادث لها وقد كان مؤمنا عند هذه الشركة للسيارة تأمينا شاملا، وكان الحادث خلال فترة التأمين، وقد تمنعت الشركة بدفع المبلغ والذي كان ما يقارب (٩٠٠٠دينار) مع الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة والفائدة القانونية من تاريخ المطالبة إلى فترة السداد.

وقدمت شركة التأمين أسبابا لهذا الاستئناف تتمثل ب:

١-خطأ محكمة الاستئناف المتمثل باعتبار العقد ناطقا بتأمين السيارة مؤمنة شاملا.

٢-خطأ محكمة الاستئناف عند اعتبارها أن عقد التأمين الشامل يشمل جسم المركبة ونقصان قيمتها من جراء تحقيق الخطر، إذ ذلك مخالف لما هو وارد في عقد التأمين الذي نص على أن الخطر المشمول مقتصر على أجور التصليح وأثمان القطع بعد حسم نسبة الاستهلاك.

٣-بناء الحكم على بينات معترض عليها، فتقرير الخبرة مبني على بينة غير قانونية، ومنها أثمان القطع وأجور التصليح وهي أوراق غير رسمية ويتوجب إبرازها بواسطة منظميها

٤-خطأ محكمة الاستئناف القائم على اعتبار الخبرة بالرغم من مخالفتها للقانون، لعدم إبرازها بواسطة منظميها.

٥-خطأ محكمة الاستئناف عند عدم الأخذ بما هو منصوص عليه بين الطرفين بوجوب استيفاء بدل قيمة الاستهلاك، مكتفية بأنه أخذ بعين الاعتبار خصم نسبة الاستهلاك عند اعداد تقريره.

قامت المحكمة بالرد على هذه الأسباب، فردا على السبب الأول قالت: لا يرد على ذلك القرار حيث أن تفسير العقود هو من صلاحية محكمة الموضوع التي من واجبها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

وعليه فعقد التأمين يشمل جسم المركبة ونقصان قيمتها من جراء تحقق الخطر المؤمن ضده، فهذا السبب مستوجب للرد.

وردت على السبب الثاني: بما أنه ظهر شمول العقد لجسم المركبة ونقص القيمة، فأي شرط في العقد يناقض ذلك لا ينظر إليه، لمخالفته مع مقصود عقد التأمين والغاية منه والمتعارف عليه فيه.

وعليه فقد استقر الاجتهاد القضائي على اعتبار شركة التأمين مسؤولة عن ضمان الأضرار اللاحقة بالمركبة المؤمنة لديها تأمينا شاملا، بما في ذلك قيمتها وفوات منفعتها بصرف النظر عما ورد في عقد التأمين من شروط بخلاف ذلك، اعتمادا على المادة ٢١٤ من القانون المدني: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) والمادة ٢/٢٣٩: (من القانون المدني:اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات).

فاعتماد القرار على القاعدة كما سبق واضحا، فبالرغم من أن هناك شروط لعدم شمول جسم السيارة في التأمين، إلا أن ذلك لم يعتبر، إذ أن مقصود هذه العقود شمول الجسم، بقرائن العرف المعلوم لهذه العقود، فالعبرة للقصود.

(قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٢/١٠٨٩، تاريخ ١٠-٦-٢٠٠٢ منشورات مركز عدالة)

وفيه جاء قبول الاستئناف المقدم من المدعى عليه ابراهيم جفال، على المدعي المحامي نايف جفال بعد أن أخذ المحامي المدعي حكما بإلزام المدعى عليه بدفع مبلغ (٦٢) ألف دينار مع الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة والفائدة القانونية من تاريخ الاستحقاق وحتى السداد التام، وتثبيت الحجز التحفظي، بعد أن قام المدعي بتوكيل المدعى عليه المحامي لمطالبة المدعو يونس شابو بمبلغ٥٠٠ ألف دولار بموجب القضية الأولى التي تم التسوية فيها بموجب شيكات حررت لأمر المدعى عليه الذي تعهد بإيداع قيمتها لحساب المدعي، وقد أودع قسما منها وترصد في ذمته المبلغ المدعى به الذي أقيمت هذه الدعوى لأجله، والتي به حكمت المحكمة.

فلم يرض المحكوم عليه بهذا الحكم ، فطعن به استئنافا، وصدر على هذا الاستئناف قرار المحكمة، برد الاستئناف موضوعا، وتصديق القرار المستأنف وتضمين المستأنف الرسوم والمصاريف و٢٥٠ دينار أتعاب محاماة.

ولم يقبل المحكوم عليه كذلك بهذا الحكم، فطعن عليه تمييزا، بموجب هذا التمييز طالبا نقضه للأسباب التالية:

١-خطأ محكمة الاستئناف في تطبيق القانون وتأويله وتفسيره على إقرار صحة الوكالة العدلية، الذي استمد وكيل الجهة المدعية وكالته منها.

٢-خطأ المحكمة بتفسيرها العبارات الواردة بالوكالة، وحملها بأكثر مما تتحمل خلافا للظاهر.

٣-خطأ المحكمة باعتمادها صحة الوكالة الخاصة العدلية، التي استمد الزميل وكالته منها.

٤-خطأ المحكمة بعدم توجيه انذار عدلي كون عقد الوكالة المأجورة يولد التزامات متقابلة.

٥-خطأ المحكمة في الفصل في القضية لمخالفتها للمادة ٥٠ من قانون نقابة المحامين.

٦-خطأ المحكمة بعدم الرد على دفوع المميز المثارة ضمن طلباته المسجلة رسميا لدى المحكمة.

٧-خطأ المحكمة فيما توصلت إليه من أن الشيك رقم(٢٨٦٨٨) بقيمة ٢٠ ألف دينار، يتعلق بالقضية خلافا لما هو ثابت بهذا السند.

٨-خطأ المحكمة بعدم أخذها بالتعهد الشخصي الصادر من المميز، المبرز من المميز ضده، الذي يؤكد بتعهده بتسديد مبلغ (٨٤ألف) دينار.. .

٩-الوكالة الخاصة تبقى خاصة، ولا تشمل تفويض الوكيل المطالبة بالفائدة القانونية ولا تخوله المطالبة بها.

١٠-خطأ المحكمة بعدم السماع للميز بتقديمه البينات الاضافية.

١١-خطأ المحكمة في قرارها بأن قرار قاضي الأمور المستعجلة لا يكون قابلا للاستئناف مع القرار الفاصل للدعوى.

١٢-خطأ المحكمة بعدم الرد على دفع المميز؛ من أن الوكيل الأصيل قد تجاوز حدود وكالته، حيث منح مالم ينص عليه في الوكالة.

١٣-خطأ المحكمة بتطبيق أحكام الوديعة، كون العلاقة بينهما يحكمها عقد الوكالة وقانون نقابة المحامين.

١٤-خطأ المحكمة بعدم تطبيق أحكام حق الاحتباس في المواد٣٨٧و٣٨٨ من القانون المدني، والموافقة للمادة ٥٠ من قانون نقابة المحامين.

١٥-خطأ المحكمة بحكم أتعاب محاماه عن مرحلة الاستئناف، مع أن القضية نظرت تدقيقا.

وقامت المحكمة بالرد على هذه الأسباب، فعن الأول والثاني والثالث والتاسع، المبنية على الطعن بصحة الوكالة المقامة الدعوى بالاستناد إليها، وتخطئة المحكمة بتفسير وتأويل العبارات الواردة في سند الوكالة الخاصة العدلية، وتحميلها فوق حملها، بتخويل الوكيل بالمطالبة بالفائدة القانونية: فبالرجوع للوكالة الخاصة العدلية الصادرة من المدعي لشقيقه الذي قام بدوره بتوكيل المحامين لإقامة هذه الدعوى، أنها وبدلالة عباراتها قد دللت على أن المقصود منها أنها وكالة عامة، إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فأصابت المحكمة أنها وكالة صحيحة تخوله بالمطالبة بالفائدة القانونية، وبالتالي هذه الأسباب مرفوضة مردودة.

وعن السبب الخامس القائل بتخطئتها بعدم وقف السير بالدعوى، وتأخيرها لحين الفصل في أتعاب المحاماة، المخالف للمادة ٢/٥٠ من قانون نقابة المحامين، والتي نصت: (أنه عند وجود اتفاق كتابي على

الأتعاب، يحق للمحامي حبس النقود والأوراق بما يعادل مطلوبه، أما بحال عدم وجود إتفاق كتابي، فيرفع الأمر إلى مجلس النقابة مع حق الوكيل بالاحتفاظ بما في حوزته من نقود وأوراق وطلب الحجز على أية أموال للموكل لنتيجة الفصل للنزاع حول الأتعاب).

وعليه فإن الجهة الوحيدة صاحبة الاختصاص في الفصل في نزاعات أتعاب المحاماه غير المتفق عليها هي مجلس نقابة المحامين، وبذلك يخرج هذا النزاع عن صلاحية المحاكم النظامية، فيتعين على محكمة الموضوع الأمر بوقف السير بالدعوى وتعليق الحكم لحين الفصل في دعوى تقدير أتعاب المميز من قبل مجلس نقابة المحامين، دون حاجة للرد على باقي الأسباب.

إذا كانت عبارات الوكالة الخاصة قد دلت على أن المقصود منها أنها وكالة عامة، بشأن الخصومة الذي يكون المدعي طرفا فيها سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني طبقا للقاعدة العامة في تفسير العقود، وعليه فقد أصابت محكمة الاستئناف بالنتيجة التي انتهت إليها من أن الوكالة المقامة الدعوى بالاستناد إليها هي وكالة صحيحة وتخول الوكيل المحامي.. بالمطالبة بالفائدة القانونية في النزاع القائم حول أتعاب المحاماة الموجهة لصاحبة الإختصاص في الفصل في هذا النزاع وهي مجلس نقابة المحامين.

وعليه فقد كانت القاعدة أيضا موضحة لنوع الوكالة، والتي بني عليها الحكم، فباستخدامها في تفسير دلالات الألفاظ، بأن الوكالة عامة وصحيحة.

(قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٣/٨٦٥، تاريخ ١٨-٥-٢٠٠٣م منشورات مركز عدالة)

رد الاستئناف الصادر من المدعية الشركة العربية الأمريكية للتأمين، على المدعى عليه زهير أبو حماد الذي كان قد أخذ حكما سابقا بأنه كان أحد أعضاء لجنة تأسيس الشركة المدعى عليها، لمتابعة الإجراءات المطلوبة لتأسيس وتسجيل هذه الشركة، مقابل أن يتقاضى مكافأة شهرية بمعدل ألف دينار، وقد عملت هذه اللجنة لمدة٢٣ شهرا، دفعت له المدعى عليها قسما من مكافأته، وترصد له مبلغ٩٥٠٠ دينار، طابا إلزامها به، وبأتعاب المحاماة والفائدة القانونية من تاريخ المطالبة وحتى السداد التام.

وعليه حكمت المحكمة بهذه المبالغ، إلا أن المدعى عليها لم ترض بذلك ورفعت استئنافا تم رده، ثم لم ترض به أيضا فرفعت استئنافا مبنيا على الأسباب التالية:

١-خطأ المحكمة بتفسيرها لمفهوم هيئة التأسيس، بقولها أنها جزء لا يتجزأ من الشركة، وذلك مخالف للمادة ٦/٥٠ من القانون المدني.

٢-إقرار المحكمة أن عقد المكتوب بين المميز والشركة محله قائم بين أطرافه، ولا يتعداه إلى الغير.

٣-مصادقة المدعي على المصاريف التأسيسية ، هو إقرار منه بقيمة ما يستحقه، فينقض به ماتم من طرفه.

٤-خطأ المحكمة بتكييف موضوع المطالبة فيما إذا كانت مطالبة عمالية، أو مطالبة مدنية.

٥-قرار محكمة الاستئناف يتناقض بعضه مع بعض، وذلك واضح بتفسير أحكام الإبراء في المادة(٤٤٤) و(٤٤٧) من القانون المدني. لذلك ألتمس قبول التمييز.

وردت المحكمة على هذا الأسباب، فالأول والثاني والثالث مردودون حيث أن تفسير العقود هو من صلاحية محكمة الموضوع فواجبها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات، وأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وبناءً على ما توصلت له المحكمة أنّ هيئة تأسيس الشركة جزء لا يتجزء منها، والمميز ضده هو أحد أفرادها براتب مجدد ألف دينار، فيكون ما توصلت إليه يتفق وصحيح القانون فتر هذه الأسباب.

وأما عن السببين الرابع والخامس: فقد سبق وتوصلت المحكمة بأن المطالبة ليست عمالية، ولم يطعن بقرارها تمييزا، فأصبح الحكم مبرما ولا يحق طعنه، فلا يلتفت لهذين السببين ويبقى الحكم على ما هو عليه.

فكذلك كان دور القاعدة واضحا في تفسير العقد، واعتبار هيئة التأسيس، جزء من الشركة، فيستحق الموظف الراتب المتفق عليه لا ما تم استلامه فقط.

(قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ١٩٨٦/٥٣٨، تاريخ ١٤-٧-١٩٨٦، منشورات مركز عدالة)

أن بندلي إلياس قد اشترى من سمير خضر حصته في الشركة، وعينا سميح عبد القادر محكما وفيصلا لتحديد ثمن الحصة المذكورة بعد بحثه في حالة الشركة، وتحديد إلتزامات الفريقين المتعلقة بموجوداتها وأرباحها وحسائرها..والتزام الفريقين بما يقرره بعد اسبوعين.

فمهمته تعيين مقدار قيمة الحصة، وهي من قبيل تكليفه لإبداء خبرته بهذا الخصوص وليس للبت بنزاع قائم بين الفريقين، إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وبما أن المحكمة قد فسرت العقد حسب مفاده الصحيح بأنه من قبيل الخبرة لا التحكيم، فيكون قرارا موافقا للقانون.

وعليه لم يقبل المدعي سمير بهذا ورفع استئنافا لكن المحكمة ردت أسبابه، دون تغيير الحكم.

وهنا أيضا كانت القاعدة مفسرة للعقد ومؤكدة ومرجحة لأحد الطرفين على الآخر، فضا للنزاع القائم، فهو لم يكن محكما، بل طلب منه فقط إبداء خبرته في الموضوع، فلم تحتمل الألفاظ وتفسيرها و مقصودها معنى التحكيم.

(قرار محكمة الحقوق رقم ١٩٩٤/٦٧٩ فصل بتاريخ ٧-١-١٩٩٥، منشور على الصفحة(٢٤٧٤) من العدد(١) من مجلة نقابة المحامين لسنة(١٩٩٥)

وفيه قرار برد الاستئناف المرفوع من قبل المدعي محيي الدين الأفيوني، على المدعى عليها شركة بنك الشرق الأوسط، والتي قد سبق لها الحكم في أصل القضية، باعتبار المبالغ المدفوعة للعقد المقال، أجورا لإشغال الوحدة السكنية، حيث تم إقالة الوعد بالبيع مع منح قرض سكني، برغبة المدعي باستبدال الوحدة السكنية، التي أشغلها واستلمها، وأورد اسبابا للاستئناف منها:

١- خطأ محكمة الاستئناف بالنتيجة لمخالفتها الأصول والقانون، وبرد الدعوى.

٢-خطأ المحكمة باعتبار الاتفاق الناتج عن العقد الباطل صحيحا، حيث كان عدم اعتبار آثار العقد الباطل أولى، حيث أن التوقيع في المراحل التمهيدية لا ينتج أثرا.

٣-خطأ المحكمة بإغفالها للمادة (٢٤١) من القانون المدني...

وردت على هذه الأسباب المحكمة قائلة: أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود والاتفاقات والمحررات، لما هو أقرب لنية عاقديها، عملا بالمادة (١/٢١٤) العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، مستهدية بوقائع الدعوى وظروفها، حيث لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحمله عبارات المحرر، وأنه سائغا مقبولا، يبرر اعتماد قبول الحكم، فلا ترد على هذه الأسباب تلتفت عما جاء فيها، وتؤيد الحكم الأصلي وتعيد الأوراق لمصدرها.

فكما يُلاحظ اعتبرت المحكمة ما فسرته للعقد المقال صحيحا بناءً على القاعدة، حيث أن الوعد بالبيع مع الإقالة انتفى، واعتبرت المبالغ سابقة الدفع أجورا للعقار المعقود عليه سابقا.

(قرار محكمة الحقوق رقم ١٩٩٩/٢٥٣٧ - فصل بتاريخ ٣٠-٣-٢٠٠٠ - هيئة عادية- منشور على الصفحة – ٤٤٠- من العدد ١ من مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٢)

وفيه رد التمييز الصادر عن المدعين محمد وزياد وعثمان رشيدات، حيث أنهم مشتركون في قطعة أرض على الشيوع محمد عبد المحسن والذي قام بتأجير مخازن على الأرض دون موافقتهم، مطالبين بفسخها، ومنع المدعى عليه من معارضتهم، وتحميله الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة، وبذلك حكم لهم مع تسليمهم المخازن خالية.

ولم يرض المدعى عليه ورفع استئنافا أخذ فيه فسخ الحكم السابق، حيث أن وكالة وكيل المدعون لا تخوله من دعوى منع المعارضة.

فلم يرض المدعون بالحكم ورفعوا استئنافا، حيث أن الحكم السابق كان تدقيقا.

ولم يرض المدعي عليه ورفع تمييزا أورد فيه أسبابا منها:

١-خطأ محكمة الاستئناف في اعتبارها أن دعوى المدعين هي دعوى فسخ عقد هم ليسوا طرفا فيه.

٢-عدم معالجة المحكمة لما قدم في الدعوى من ادعاءات ودفوع وبينات مقدمة في الدعوى فيما يتعلق بإبطال العقد...

وعليه فقد تم فسخ قرار محكمة الصلح ورد الدعوى بسبب خطأ الجهة المدعية في تكييف دعواها، على أنها دعوى فسخ عقد إيجار، مع أن مقصودها وحيثياتها أنها تكيف دعوى منع معارضة إذ العبرة للمقاصد والمعاني، فتكون إقامة الدعوى مخالفة للقانون وتستحق الرد.

(قرار محكمة الحقوق رقم ١٩٩٨/٣٢٥ فصل بتاريخ ١١-٤- ١٩٩٨، منشور على الصفحة (١٨٧٨) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٨).

المدعي مقدر ضريبة الدخل قدم استئنافا لحكم سابق قد حصل عليه ضيف الله جمعة ووكيله المحامي نعيم المدني، وقدم أسبابا منها:

١-أن الاستئناف مقدم ممن لا يملك حق تقديمه إذ أن المحامي نعيم موكل بالسنوات ٩٤-٩٢ فقط.

٢-خطأ المحكمة في الإصرار على قرارها، باعتبار سنة ٩١ مشمولة بالوكالة.

وحيث قد سبق وأن قدم المدعى عليه ووكيله استئنافا على حكم للمدعي مقدر الضريبة بوظيفته ، للطعن بقراراته المتضمنة بفرض ضريبة دخل على المذكور حوالي٨ آلاف لسنة٩١ و١٠ آلاف لسنة ٩٢مالية، بموجب وكالة للمحامي، وعليه أصدرت قرارا بفسخ القرار السابق ردا على الأسباب.

ثم قام المقدر بالاستئناف، فنقض القاضي الحكم بكون المحامي غير موكل عن سنة ٩١، حيث موضوع وكالته ضريبة الدخل من ٩٤ حتى ٩٢ مكتوبة بخط اليد.

ثم استأنف المدعى عليه بشاهد دلالة الحال الواضحة في موضوع الوكالة، وأنها خطأ كتابي، وأصلها من ٨٤ إلى ٩٢، بغض النظر عما هو وارد.

وعليه فقد أصرت محكمة الإستئناف على الحكم الأول المشمول على تأكيد وكالة المحامي لسنة ٩١، واعتبار المكتوب خطأ واضحا، إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، والمقصود واضح بتسلسل السنوات من ٨٤-٩٢ لا من ٩٤ إلى ٩٢، فالخطأ البين الواضح لا يكسب حقا للخصم.

(قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم٢٠٠٧/١٦٥٦، تاريخ ٢٩-١١-٢٠٠٧م، منشورات مركز عدالة)

لا عبرة لما ورد في المادة ٣/أ من قانون مؤسسة الحسين للسرطان رقم(٧) لعام ٩٨م بأنها أهلية لأن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، وحيث أنها مؤسسة غير ربحية ، وأن هيئة أمناء المؤسسة يعينون بإرادة ملكية سامية، وما لها من منحة حكومية سنوية بما لايقل عن مليوني دينار....وعليه فإن الراتب - الذي تقاضاه الطبيب قصي معروف من هذه المؤسسة أثناء عمله فيها- مصدره مال عام ويستحق عليه إعفاء بنسبة (٥٠٪) من قانون الدخل عملا بحكم المادة(١٤/أ/١).

وعليه تم رد الاستئناف المقدم من مقدِّر ضريبة الدخل بالإضافة لوظيفته، والذي قدم سببا واحدا للاستئناف وهو المادة (٣/أ) لسنة ٩٨ من قانون المؤسسة بأنها مؤسسة أهلية خاصة..، وبعد التداول والتدقيق وبناءا على كل من المواد(٤ و٥و٦و١٢و ١٤)، من ذات القانون للمؤسسة حيث أنها أجمع تدل على أنها مؤسسة غير ربحية، وتطوعية، وأغلب قيامها على التبرعات والإعانت، وعليه كان الرد[1].

فمما يُلاحظ أنَّه وإن نصت قوانين المؤسسة أنها مؤسسة أهلية أي خاصة، إلا أن كثير من المواد الأخرى يخالف ذلك، وعليه كانت قاعدتنا مفسرة طبيعة المؤسسة الحقيقية بناءا على القرائن المجاورة، مع وضوح النص بأنها أهلية.

(قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٢/٢١٢٦ ، تاريخ ١٥-١٠-٢٠٠٢، منشورات مركز عدالة)

أنه مستفاد من الإتفاق المذكور بين أطراف الشركة، في حالة النزاع، إحالة الخلاف القائم بين الشركاء الموقعين عليه إلى أشخاص تم تعيينهم من الفصل في هذا النزاع بموجب تقرير يقدمونه لذلك، فقد أطلقت المادة ٢ من قانون التحكيم على الإتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات إلى المحكمين..يعتبر اتفاق تحكيم.. فهذا أيضا يعتبر اتفاق تحكيم بالرغم من عدم ذكرهم للفظ محكمين أو تحكيم، فالعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني المادة ٢١٤من القانون المدني.

(قرار محكمة تمييز حقوق رقم ١٩٩٥/٨٤٥، تاريخ ١٩-٦-١٩٩٥م المنشور على الصفحة ٣٤٤٠ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥)

لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير الاتفاقات وسائر المحررات بما تراه أقر إلى نية عاقديها عملا بأحكام المادة ١/٢١٤ من القانون المدني، مستهدية بوقائع الدعوى وظروفها دون رقابة عليها من محكمة

[1] موقع عدالة، قرارات محكمة التمييز المتعلقة بالمادة ١٤/أ.

التمييز، ما دامت أنها لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عبارات المحرر وما دام أن ما انتهت إليه سائغا مقبولا يبرر إعتماد منطوق الحكم على أسبابه[1].

فعبارات العقد الوارد في الدعوى تفيد أن المؤجر يملك العقار المؤجَّر، ودار السينما محل الإيجار بما فيها من آلات ومعدات وأن العقار الذي تقع به دار السينما لم يكن هوالمقصود بهذا الإيجار لذاته، فلا تكون دار السينما محل الإيجار مشمولة بقانون المالكين والمستأجرين ولا يكون العقد قابلا للتجديد بدون اتفاق الطرفين، حيث أن العبرة في تكييف العقد في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون التقييد بالمعنى إلحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل[2].

وعليه قبل الاستئناف المقدم من المدعي شركة سينما، على المدعى عليه أيوب محمد والذي سبق وأن أخذ حكما بأن هذه الإتفاقية عقد إيجار متجدد تلقائيا بناءً على أسبابه، وكان قبول الاستئناف مبنيا على أسباب المدعي ومنها:

١-نية الفريقين كانت واضحة، ومتجهة نحو أن يقوم الفريق الثاني بإدارة السينما مدة سنة وعرض الأفلام، ولا يحق له تركها خلال هذه المدة.

٢-مناط الفصل في هذه القضية هو تفسير إرادة الطرفين، مع وضوح كونه عقد ضمان، فأخطأت المحكمة بتفسيره عقد إيجار.

فيتضح مما سبق اعمال القاعدة في تفسير العقد فضاً للخلاف الحاصل في تكييفه، أهو عقد إيجار متجدد تلقائيا، أم مجرد عقد تضمين بناءً على المقصد الواضح للعقد بقرائنه المتمثله بشروطه.

(محكمة حقوق رقم ١٩٨٨/٧ فصل بتاريخ ١-١-١٩٨٨ ، منشور على صفحة(١٠٧٢) من العدد (٦) من مجلة نقابة المحامين لسنة(١٩٩٠).

وفيه رد التمييز المقدم من المميزين وهم مجموعة، على المميز ضده سالم مطلق، بناءً على حكم سابق له، بعدم إنهاء الوكالة العامة بسبب الرهن المتكرر للأرض، وبما أن معاملة التأمين التي تتم لدى الموظف الرسمي لدى دائرة الأراضي تستلزم وجود راهن لا كفيل، وأن موضوع الكفالة يخرج عن اختصاص هذا الموظف مما يستدل معه أن المقصود بكلمة (كفيل) الواردة في متن سند التأمين هو (الراهن أو من يمثله) لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ولما كانت الوكلة قد تضمنت نصا صريحا على حق الموكل بالرهن فإن هذا يغدو واجب رد التمييز، وتأييد القرار المميز.

وكذلك هنا فكانت القرائن واضحة ومساعدة على تفعيل القاعدة في تفسير العقد والبناء على القصد.

(قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٢/٢٢٦٤ ، تاريخ ٩-٩-٢٠٠١، منشورات مركز عدالة)

بما أن لمحكمة الموضوع سلطة تامة في التفسير، فالعبرة في تفسير العقود فيما حوته هذه العقود من نصوص بما تراه أو فى بالمقصود مستعينة بجميع ظروف الدعوى وملابساتها، وبما أن المادة أ من عقد التأمين تنص على أن الغرض من هذا العقد هو التأمين ضد أخطار الوفاة والعجز الدائم لحادث أو مرض، وعليه فإن المميزة محقة بدعواها وينطبق على حالتها مقصود ومفهوم العجز الطبيعي في هذا المرض، ومعناه متوافر في معنى الأمراض المشمولة في عقد التأمين[3].

فكما أن العرف قائم على أن الأمراض يشملها هذا العقد من التأمين، فيعتبر قرينة مرجحة لقصد العقد الأصلي، وعليه بني الحكم.

(قرار محكمة تمييز حقوق رقم ١٩٨١/٤٨، تاريخ ٢٨-٢-١٩٨١ المنشور على الصفحة١٠٩٥ من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ ١-١-١٩٨١)

تلجأ المحكمة لتفسير عقد الإيجار بناء على الدعوى، وذلك لمعرفة ما إذا كان سطح المأجور مشمولا بعقد الإيجار أم لا، فتلجأ بذلك لمعرفة النية المشتركة للمتعاقدين عن طريق استرشادها بالعرف الجاري، بأن يكون السطح تبعا للمأجور دون ذكر أم لا[4].

---

[1] مدغمش ودحمان، **موسوعة شرح القانون**، ج٥: ص١٠٢

[2] مدغمش ودحمان، **موسوعة شرح القانون**، ج٥: ص١٠١.

[3] موقع عدالة **قرارات محكمة التمييز** المتعلقة بالمادة ١٤/أ.

[4] موقع عدالة **قرارات محكمة التمييز** المتعلقة بالمادة ١٤/أ.

وعليه فقد سبق أن من وسائل الوصول للنية المشتركة في القانون هو طبيعة التعامل والعرف الجاري، فالعبرة للقصود في العقود لا لمجرد اللفظ.

(قرار محكمة التمييز حقوق رقم ١٩٩٨/١٤١ تاريخ ٣٠-٣-١٩٩٨م، المنشور على الصفحة ٣/١٧١ من المجلة القضائية لسنة ١٩٩٨م)

مجرد الخطأ الذي حصل في هذه القضية لا يبرر دعوى الرد، لإثبات إنشغال الذمة والمديونية فيها، فالمحكمة تكيف الدعوى وتعطيها الوصف القانوني المناسب ولا تتقيد بالوصف الخاطئ المذكور، وذلك بناءً على الغرض من الدعوى، مع البينات المثبتة لها، لأن العبرة في طلبات الخصوم لا للألفاظ التي صيغت بها هذه الطلبات بل لمعناها[1].

وأخيرا ومما سبق يتضح استخدام القانون المدني الأردني للقاعدة، وتفعيلها به في تفسير العقد، بل وقد يفعلها مع العبارات الواضحة إذا لزم الأمر، لتحقيق الحق والعدالة، فيتضح من ذلك أيضا أهمية هذه القاعدة في تكييف العقد بالإضافة لتفسيره.

الخاتمة

وبعد إنعام وفضل من الله –جل في علاه– في إتمام هذا البحث وإنهائه، بعد شرح للقاعدة، وبيان أدلتها التأصيلية، ثم ذكر بعض تطبيقاتها، أذكر أهم النتائج والتوصيات التي خرج فيها البحث:

أن القواعد الفقهية كل متكامل، فإحداها مكملة للأخرى في موضوعها، فإن أخرجنا واحدة من موضوعها وأفردناها بالشرح دون ذكر لغيرها من متعلقاتها لم يكتمل البناء.

أنّه مما يساعد على تسهيل المعاملات وإظهار الحق وبينه والحكم به، هو إعمال القصد القائم على البينات والقرائن.

هناك الكثير من الأساليب الموصلة للقصد والمعنى، ولكن ذلك كله لا يكون إلا بشرط تعذر الحقيقة والظاهر، فإن دل دليل على أن الظاهر خلاف الباطن، يعدل عن الظاهر بقرينته إعملا للكلام أولا ثم إحقاقا للحق والعدل.

دور القاعدة الكبير في إنعقاد العقد وتفسير العقد وتكييفه.

تلتقي القاعدة مع تحول العقد مع جود الاختلاف في أصل العقد وانعقاده.

الغاية التي من أجلها اعتبر القصد بدليله، هي ضبط الأحكام الشرعية بمعايير ثابتة تحقق المرونة في المعاملات، وتظهر الحق في المحاكمات.

بنى الفقه الإسلامي الكثير من المعاملات على هذه القاعدة، وكذلك فعل القانون المدني الأردني حيث فعلها في كثير من العبارات أولا ثم كثير من القضايا والدعاوى ثانيا.

التوصيات

- أوصي القانون الأردني بالنص على نظرية تحول العقد، فكما سبق لها الأثر الكبير في تصحيح العقود وذلك خير من إبطالها، ولما في ذلك من تيسير للمعاملات.

-كما أوصي القانون الأردني بالنص على قاعدة" دليل الشيء في الأمورالباطنة يقوم مقامه" لما لها من الأثر الكبير في تفسير العقد، ودورها المكمل للقواعد المذكورة.

-أوصي بدراسة صياغة للقاعدة تتناسب مع تطبيقات الفقه الإسلامي، وتطبيقات القانون المدني فكما سبق أن هناك أكثر من اقتراح لذلك منها: بجعلها" العبرة في الإلتزامات"، وهي مجرد اقتراحات بحاجة لدراسة.

تم بحمد الله فللّه الحمد من قبل ومن بعد، اللّهم لا تجعلنا ممّن قلت فيهم

---

[1] جمال مدغمش، ويحيى دحمان، مع المركز القانوني الاستشاري، **موسوعة شرح القانون المدني**، دار أنس للنشر، الأردن، ط٢٠٠٤، ج٥: ص١٠٠.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس القواعد الفقهية

فهرس المواد القانونية

فهرس المصادر والمراجع ويشمل:
أولا: فهرس المصادر
ثانيا: فهرس المراجع
ثالثا: الرسائل العلمية والدوريات

فهرس الآيات	الصفحة
{ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ..}	٥
{فَمَا لِهَؤُلاء الْقَومِ لاَ يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثاً}	٧
{فجَعَلْنَاهُم سَلَفًا وَمَثَلًا لِلْآخِرِينَ}	١٣
{ لَّقَدْ كَانَ فِي يُوسُفَ وَإِخوَتِهِ آيَاتٌ لِّلسَّائِلِينَ}	١٣
{ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِن أَرَادُوا إِصلَاحًا}	٣٢
{ وَلاَ تُمسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعتَدُواْ}	٣٢
{فَإِن خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيهِمَا فِيمَا افْتَدَت بِهِ	٣٣
فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ}	٣٣
{مِن بَعدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَو دَينٍ غَيرَ مُضَآرٍّ}	٣٣
{ وَلاَ أَقُولُ لَكُم عِندِي خَزَآئِنُ اللّهِ وَلاَ أَعلَمُ الْغَيبَ}	٣٧
{وَلاَ أَقُولُ لِلَّذِينَ تَزْدَرِي أَعيُنُكُم لَن يُؤْتِيَهُمُ اللّهُ خَيرًا اللّهُ أَعلَمُ بِمَا فِي أَنفُسِهِمْ إِنِّي إِذاً لَّمِنَ الظَّالِمِينَ}	٣٧
{وَلاَ تَقْفُ مَا لَيسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ}	٣٨
{ وَلَا تُبطِلُوا أَعمَالَكُمْ}	٤١
{مَاذَا قَالَ آنِفاً}	٤٨

{فَمَا لِهَـؤُلاء الْقَوْمِ لاَ يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثاً}	٤٨
{ وَلَوْ أَرَادُواْ الْخُرُوجَ لأَعَدُّواْ لَهُ عُدَّةً }	٧٠
{اعمَلُوا مَا شِئتُم}	٧٠
{فَمَن شَاءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَاءَ فَلْيَكْفُرْ}	٧٠

فهرس الأحاديث النبوية	الصفحة
كنا مع النبي –صلى الله عليه وسلم- في سفر	٢٨
"إنّما الأعمال بالنّيات، وإنّما لكل امرىء ما نوى"	٣٣
"صيد البَر لكم حلال وأنتم حُرُم ما لم تصيدوه أو يُصَد لكم"	٣٣
"إنّي لم أومَر أن أنَقِبَ عن قلوبِ النّاس، ولا أشُقَ بَطونَهم	٣٧
أمِرتُ أن أقاتِلَ الناس حتى يَقولوا لا إلهَ إلا الله، فمَن قالهَا	٣٨
أن أعرابي قال للنبي –صلى الله عليه وسلم-: " إنَّ امرَأتِي وَلَدَت غُلاماً أسودا	٣٨

فهرس القواعد الفقهية والأصولية	الصفحة
(الأمر يفيد الوجوب)	٩
العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ	٢٨
العبرة في العقود لمعانيها لا لصورة الألفاظ	٢٨
لا تترتب الأحكام الشرعية في العبادات والمعاملات إلا على النيات والمقاصد	٢٨
(إذا تعارض القصد واللفظ أيهما يقدم؟)	٢٨و٣١
(إذا دارت المسألة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد، فمراعاة القصد أولى).	٢٨
(الاعتبار في العقود بمقاصدها)	٢٨
(الاعتبار في العقود بمعانيها لا بألفاظها)	٢٨
(الأصل في الكلام الحقيقة)	٢٨و٣٩و٤٣و ٤٤و٥٨

(إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز)	٢٨و٦٥
(الاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد لا بمجرد اللفظ)	٢٩
(القصود في العقود معتبرة)	٢٩و٣٠
(العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل)	٢٩و٣٥
(إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه، فيه لاف يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى؟)	٣٠
(الاعتبار في العقود بنيات أصحابها ومقاصدهم)	٣٠
(هل الاعتبار في العقود إلا بمقاصدها وحقائقها ومعانيها دون صورها وألفاظها؟)	٣٠
(المرعى في العقود حقائقها ومعانيها لا صورها وألفاظها)	٣٠
(هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها؟	٣٠و٣١
(العبرة في العقود باللفظ أو بالمعنى؟)	٣٠
(العبرة بصيغ العقود لا بمعانيها)	٣٠
(الاعتبار في العقود باللفظ لا بالمعنى)	٣٠
(الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها)	٣٠و٤١
(الاعتبار للمعنى في العقود لا للألفاظ فقط)	٣٠
(العقود تصح بكل مادل على مقصودها من قول أو فعل)	٣٥
(لا ثواب إلا بالنيّة)	٣٣و٤٣
(العبرة في العقود بالألفاظ)	٣٦
(مقاصد اللفظ على نية اللافظ إلا في يمين القاضي)	٤٦
(العبرة بالإرادة لا باللفظ)	٤٦
(المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في القربات والعبادات)	٤٧

(إذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم)	٤٧
(دلالة الأحوال يختلف بها دلالة الأقوال في قبول دعوى...)	٧٠

مواد القانون المدني الأردني	الصفحة
المادة (٨٧): (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر....)	١٥و٢١
المادة (٤/٨٨): (أن العقد يصح أن يرد على أي شيء...)	١٦
المادة (١٦٣): (أنه يشترط في محل العقد أن يكون قابل للحكم..)	١٦
المادة(٩٥٨):(الكفالة بشرط براءة الأصيل...)	٢٧
المادة (٦٥٨): (الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة)	٢٧و٨٧
المادة(٢٢٤) (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)	٤٠و٤٦و٦٧
المادة (٢/٢١٤) (الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ..)	٤٣
المادة(٢١٦) (إعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل)	٤٤
المادة (٢٢٠) (تترك الحقيقة بدلالة العادة)	٤٥
المادة(٢١٥) قاعدة (لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح)	٤٥
المادة (٢١٨) (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلاله)	٤٦
المادة(٢٢٦) (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)	٤٦و٦٧
فالمادة (٢١٣): (الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزاماه في التعاقد)	٤٨و٥١
المادة(٥٣٢): (السلم: بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل)	٧٨
المادة (٧٨٠): (المقاولة عقد يتعهد احد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا..)	٧٩
المادة (٢/٥٣٣): (بأن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته...)	٨٠

المادة(٧٨٢): (يجب في عقد المقاولة وصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقته..)	٨٠
المادة(٤٦٥): (البيع: تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض)	٨٢
المادة(٥٧٩): (يعتبر مانعا من الرجوع في الهبة...)	٨٢
المادة(٥٦٢): (يجب أن يكون العوض في الهبة المشروطة..)	٨٢
المادة (٦٢١): (المضاربة عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم راس المال)	٨٤
المادة(٧٣٦): (المساقاة عقد شركة على استغلال الأشجار والكروم...)	٨٥
المادة(٧٢٣): (المزارعة عقد استثمار أرض زراعية بين صاحب الأرض...)	٨٦
المادة(٩٥٠): (الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)	٨٦
المادة(٩٩٣): (الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه)	٨٧
المادة (٨٣٣): (الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا آخر مقام نفسه في تصرف..)	٨٧
المادة (٢/٢٣٩): (اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين)	١٠٥

□

مواد مجلة الأحكام العدلية	الصفحة
المادة ٢٠: (الضرر يزال)	٨
المادة ٤: (اليقين لا يزال بالشك)	٩
المادة ٣٦: (العادة محكمة)	١٠و٦٧
المادة١٠١- ١٠٤: (في تعريف العقد...)	١٥و٢١
المادة ٢: (الأمور بمقاصدها)	٢٢و٢٨و٣٥و٤٢ ٥٢و٥٤و٥٧و٥٩

المادة ٦٨: (دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه)	٢٤و٤٤و٥٧
المادة ٦٠: (إعمال الكلام أولى من إهماله)	٢٧و٤٠و٤٢و٦٠
المادة ١٢: (الأصل في الكلام الحقيقة)	٢٨و٣٩و٤٣و٤٤ ٥٧و٥٨
المادة ٦١: (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز)	٢٨و٤٣و٦٥
المادة ٣٨٩: (كل شيء تعومل استصناعه...)	٣٥و٨٠
المادة ٤٣: (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)	٤٠و٤٦و٦٧
المادة ٤٠: (الحقيقة تترك بدلالة العادة)	٦٧
المادة ٤٥: (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)	٦٧
المادة ١٥٨٤: (الإقرار المعلق على شرط باطل)	٦٨
المادة ١٧٢ : (لا ينعقد البيع بصيغة الأمر...)	٦٩
المادة ٧٧٣: (ينعقد الإيداع بالإيجاب والقبول دلالة وتصريحا)	٧٠
المادة ١١٨: (بيع الوفاء هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري له المبيع)	٧٤
المادة ١١٩: (بيع الاستغلال: بيع وفاء على أن يستأجره البائع)	٧٥
المادة ٨٥٥: (تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط).	٨٢
المادة ٤١٦: (الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته...)	٨٦
المادة ١٥٧٢: (الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر..)	٩١

فهرس المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: المصادر

١. حاشية الرملي، بدون نشر.

٢. ابن أمير الحاج ت٨٧٩، التقرير والتحبير، دار الفكر بيروت، ط١٤١٧هـ.

٣. ابن عابدين ت١٢٢٥، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، دار الفكر، بيروت، ط١٤٢١هـ.

٤. ابن عبد الله صدر الدين محمد بن عمر المعروف بابن الوكيل، الأشباه والنظائر، مكتبة الرشد، الرياض، تحقيق أحمد العنقري، ط١: ١٩٩٣، ج١: ص١٩.

٥. ابن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، بدون دار نشر ولا طبعة.

٦. المجلة، جمعية المجلة، دار كارخانة تجارت، تحقيق نجيب هواويني.

٧. إبراهيم الشاطبي المالكي ت٧٩٠، الموافقات في أصول الفقه، دارالمعرفة، بيروت، بدون طبعة.

٨. إبراهيم المقدسي الحنبلي ت ٨٨٤، المبدع في شرح المقنع، بيت المقدس، بيروت.

٩. إبراهيم الشيرازي ت٤٧٦ ، المهذب، دار الفكر، بيروت، بدون نشر، ج٢: ص٤١.

١٠. إبراهيم أنيس، وعبد الحليم منتصر، وآخرون، المعجم الوسيط، ط٢.

١١. أحمد الطحاوي ت٣٢١، شرح معاني الآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٣٩٩، تحقيق محمد زهري النجار.

١٢. أحمد القرافي ت٦٨٤، أنوار البروق في أنواء الفروق المشهور بالفروق مع هوامشه، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٤١٨هـ.

١٣. أحمد الهيثمي بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار احياء التراث، بيروت.

١٤. أحمد الرازي أبو بكر الجصاص ت٣٧٠ ، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١: ١٤٠٥هـ.

١٥. أحمد الرازي أبو بكر الجصاص ت٣٧٠، الفصول في علم الأصول، وزارة الأوقاف، الكويت، ط١: ١٩٨٥م.

١٦. أحمد أبو عبد الرحمن النسائي ت٣٠٣، سنن النسائي الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١٩٩١م، تحقيق، د. عبد الغفار البنداري.

١٧. أحمد بن تيمية الحراني ت٧٢٨ ، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط١: ١٩٨٧م-١٤٠٨هـ.

١٨. أحمد بن تيمية الحراني ت٧٢٨ ، القواعد النورانية، دار المعرفة، بيروت، ط١: ١٣٩٩، تحقيق محمد حامد الفقي.

١٩. أحمد بن تيمية الحراني ت ٧٢٨ ، مجموع الفتاوى ابن تيمية، مكتبة ابن تيمية، تحقيق خليل المنصور.

٢٠. أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، تحقيق عبد السلام هارون، ط١: ١٩٨٧م.

٢١. أحمد شهاب الدين القرافي ت ٦٨٤، الذخيرة، دار الغرب، بيروت، ط١: ١٩٩٤م، تحقيق محمد حجي.

٢٢. جمال الدين ابن منظور الأنصاري ، لسان العرب، دار الكتب العلمية بيروت، بدون طبعة، ط٢٠٠٣.

٢٣. حسن العطار ت١٢٥٠، حاشية العطار على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية،بيروت، ط١: ١٤٢٠هـ.

٢٤. زكريا الأنصاري الشافعي ت٩٢٦، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دون نشر

٢٥. زين الدين ابن نجيم الحنفي ت٩٧٠، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، ط٢: بدون

تاريخ.

٢٦. زين الدين ابن نجيم الحنفي ت٩٧٠، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٠ شامل.

٢٧. سليم رستم باز، شرح المجلة، دار العلم للجميع، بيروت، ط٣: ١٩٩٨م.

٢٨. سليمان البجيرمي ت١٢٢١، حاشية البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر تركيا.

٢٩. سليمان الجمل، حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، دار الفكر بيروت،- بدون طبعة-.

٣٠. شمس الدين أبو بكر السرخسي ت٤٨٣، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ.

٣١. شمس الدين عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب الرُّعيني ت٩٥٤، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، تحقيق زكريا عميرات، دار عالم الكتب، ط:٣:٢٠٠٣م.

٣٢. شمس الدين محمد الرملي الشهير بالشافعي الصغير ت١٠٠٤، نهاية المحتاج، دار الفكر بيروت، ط١: ١٤٠٤ه.

٣٣. شهاب الدين الحموي الحنفي ت١٠٩٨، غمز عيون البصائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٤٠٥.

٣٤. عبد الحميد الشرواني، حواشي الشرواني، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة،(شافعي)

٣٥. عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ت٧٩٥، القواعد في الفقه الإسلامي، مكتبة نزار مصطفى، مكة، ط٢: ١٩٩٩م.

٣٦. عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ت٩١١، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٤٠٣ه.

٣٧. عبد الرحيم الاسنوي أبو محمد ت٧٧٢، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق محمد حسن هيتو، مكتبة الرسالة، بيروت، ط١: ١٤٠٠ه.

٣٨. عبد الكريم الرافعي القزويني، فتح العزير بشرح الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي، المعروف بالشرح الكبير.

٣٩. عبد الله بن قدامة المقدسي ت٦٢٠ ، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، دار المكتب الإسلامي.

٤٠. عبد الله بن قدامة المقدسي ت٦٢٠، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر بيروت، ط١: ١٤٠٥ه.

٤١. عبد الوهاب تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، تحقيق عادل عبد الموجود والشيخ علي عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٩٩١م.

٤٢. عبيد الله بن الحسين الكرخي، أصول الكرخي، مطبوعة مع أصول البزدوي، علي بن محمد البزدوي الحنفي، أصول البزدوي، مطبعة جواید بریس، كراتشي.

٤٣. عز الدين بن عبد السلام السلمي ت٦٦٠، الإمام في بيان أدلة الأحكام، دار البشائر، بيروت، ط١: ١٤٠٧، تحقيق رضوان مختار بن غربية.

٤٤. علاء الدين الكاساني الحنفي ت٥٨٧، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢: ١٩٨٦م.

٤٥. علاء الدين السمرقندي الحنفي ت٥٣٩، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٩٨٤م.

٤٦. علاء الدين الطرابلسي الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بي الخصمين من الأحكام، دار مصطفى البابي الحلبي.

٤٧. علاء الدين عبدالعزيز البخاري ت٧٣٠، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، دار الكتاب العلمية، بيروت، ط١: ١٤١٨ه، تحقيق عبدالله محمود محمد عز.

٤٨. علي الآمدي أبو الحسن ت٦٣١، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١: ١٤٠٤ه.

٤٩. علي الجرجاني ت٨١٦، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١: ١٤٠٥.

٥٠. علي أبو الحسن المرغناني ت٥٣٩، الهداية شرح البداية، المكتبة الإسلامية.

٥١. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ، تعريب المحامي: فهمي الحسيني.
٥٢. علي سليمان المرداوي ت٨٨٥، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث، بدون نشر.
٥٣. علي عبدالكافي السبكي ت٧٥٦، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٤٠٤ه.
٥٤. مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي، معجم القاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت، ط٣: ٢٠٠٨م، طبعة دار الرسالة بدون نشر.
٥٥. محمد اسحاق بن خزيمة النيسابوري ت٣١١، صحيح ابن خزيمة، المكتب الاسلامي، بيروت، ط١٩٧٠م، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي.
٥٦. محمد أحمد السرخسي، شرح السير الكبير للإمام محمد بن الحسين الشيباني، بدون نشر.
٥٧. محمد ادريس الشافعي ت٢٠٤، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط٢: ١٣٩٣،
٥٨. محمد الحسين آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية، النجف الأشرف ، العراق، ١٣٥٩.
٥٩. محمد الحنفي الحصفكي ت١٠٨٨، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، ط٢: ١٣٨٦.
٦٠. محمد الخطيب الشربيني ت٩٧٧، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة. (شافعي)
٦١. شافعي)
٦٢. محمد الزرعي ابن القيم الجوزية، إغاثة اللهفان، دار المعرفة، بيروت، ط١٩٧٥م-١٣٩٥ه، تحقيق محمد حامد الفقي.
٦٣. محمد الزرعي ابن القيم الجوزية، بدائع الفوائد، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الطبعة الأولى ، ١٤١٦ - ١٩٩٦تحقيق : هشام عبد العزيز عطا.
٦٤. محمد الزرعي ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١٤: ١٤٠٧ه-١٩٨٦م تحقيق شعيب الأرناؤوط.
٦٥. محمد الزرعي ابن القيم الجوزية ت٧٥١، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل، بيروت، ط١: ١٩٧٣.
٦٦. محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار الكتاب، الرياض، ط١: ٢٠٠٣.
٦٧. محمد أبو عبد الله الحاكم النيسابوري ت٤٠٥، المستدرك على الصحيحين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١٩٩٠م، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا.
٦٨. محمد أبوعبدالله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر(صحيح بخاري)، دار ابن كثير اليمامة، ط٣: ١٩٧٨.
٦٩. محمد أحمد عليش ت١٢٩٩، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط١٤٠٩ه.
٧٠. محمد بن عربي ت٥٤٣، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، دون نشر، تحقيق محمد عبد القادر عطا.
٧١. محمد بن علي الشوكاني ت١٢٥٠، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الكتاب العربي، تحقيق أحمد عزو عناية، ط١: ١٩٩٩م.
٧٢. محمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت.
٧٣. محمد بهادُر الزركشي الشافعي أبو عبد الله ت٧٩٤، المنثور في القواعد، دار وزارة الأوقاف، الكويت، ط٢: ١٤٠٥، تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود.
٧٤. محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر، بيروت، ط١: ١٤١٠ه، تحقيق محمد رضوان الداية.
٧٥. محمد عبد القادر الرازي ت٧٢١، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، ط١٩٩٥م، تحقيق محمود خاطر.

٧٦. محمد عبد الله الخرشي ت١١٠٢، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، ج٧: ص١٥٥.

٧٧. محمد عرفة الدسوقي ت١٢٣٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، تحقيق محمد عليش.

٧٨. محمد علي بن نووي الجاوي أبو عبد المعطي ت ١٣١٦، نهاية الزين في ارشاد المبتدئين، دار الفكر، بيروت، دون نشر.

٧٩. محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، قواعد الفقه، الصدف ببلشر، كراتشي، ط١: ١٩٨٦م.

٨٠. محمد غانم بن محمد الغدادي ت١٠٣٠، مجمع الضمانات، تحقيق أ.د محمد أحمد سراح، و أ.د علي جمعة محمد، دون نشر.

٨١. محمد مريش الحسيني، شرح مائة قاعدة أصولية من قواعد مجلة الأحكام العدلية، القاعدة رقم(٣)، ط:١٩٤٤م، (مخطوط).

٨٢. محمود بن الصدر الشهيدر برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، دار إحياء التراث، بدون نشر.

٨٣. مسعود سعد الدين التفتازاني ت٧٩٢، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية بيروت، ط١: ١٤١٦ه، تحقيق زكريا عميرات.

٨٤. مصطفى السيوطي الرحيباني الحنبلي ت١٢٤٣، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، بدون نشر.

٨٥. منصور السمعاني ت٤٨٩، قواطع الأدلة في الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٩٩٧م، تحقيق محمد حسن اسماعيل الشافعي.

٨٦. منصور بن يونس إدريس البهوتي ت١٠٥١، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، ط١: ١٤٠١ه، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال.

٨٧. موسى أبو النجا الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت.

٨٨. يحيى النووي ت٦٧٦، شرح النووي على صحيح مسلم، دار إحياء التراث بيروت، ط١: ١٣٩٢ه.

٨٩. يحيى بن شرف الدين النووي الشافعي ت٦٧٦، روضة الطالبين، المكتب الاسلامي، بيروت،ط٢: ١٤٠٥ه.

٩٠. يحيى بن شرف الدين النووي الشافعي ت٦٧٦، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ط١: ١٩٩٧م.

ثالثا: المراجع

اسماعيل بن حسن بن محمد بن علوان، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، دار ابن الجوزي السعودية ، ط١: ٢٠٠٠م.

الجيلاني المريني، القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامة، دار ابن القيم، الدمام، ط١: ٢٠٠٢م.

القاضي عبد رب النبي الأحمد نكري، دستور العلماء أو جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٤٢١ه، تحقيق حسن هاني فحص، ج٣: ص ١٩٨.

إبراهيم الحريري، المدخل الى القواعد الفقهية الكلية، دار عمار، الاردن، ط١: ١٩٩٨

أحمد التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون ، تحقيق علي دحروج، مكتبة لبنان، بيروت، ط١: ١٩٩٦م.

أحمد الزرقاء ت١٣٥٧ ، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط٢: ١٤٠٩ه، تصحيح وتعليق مصطفى أحمد الزرقاء.

باسم أحمد عامر، الجوائز، أحكامها الفقهية وصورها المعاصرة، اشراف عباس الباز، الجامعة الأردنية، لعام٢٠٠٤.

بكر بن عبدالله أبو زيد ، فقه النوازل، مكتبة الرشد، الرياض، ط١٤٠٧، مجلد ١.

تقي الدين الحصني، كتاب القواعد، مكتبة الرشيد الرياض، ط١: ١٩٩٧،

جمال مدغمش، ويحيى دحمان، موسوعة شرح القانون المدني، دار أنس للنشر، الأردن، ط٢٠٠٤.

حسن علي الذنون، ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، دار وائل للنشر، ط١: ٢٠٠٢م.

رمضان الشرنباصي وجابر الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، منشورات الخلبي الحقوقية، لبنان، ط١: ٢٠٠٥م.

سائد بصمه جي، معجم مصطلحات ألفاظ الفقه الاسلامي، صفحات للنشر، سوريا، ط١: ٢٠٠٩.

سامي حسن أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط٢، ١٩٨٢م.

صالح الأسمري، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية، دار الصميعي للنشر، ط١: ٢٠٠٠م.

صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢: ١٩٧٢م.

عبد الحق حميش، قضايا فقهية معاصرة، مكتبة جامعة الشارقة، الإمارات العربية، ط٢: ٢٠٠٧م.

عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١: ١٩٨٥.

عبد الحق حميش، قضايا فقهية معاصرة، مكتبة جامعة الشارقة، الإمارات العربية، ط٢: ٢٠٠٧م.

عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط١: ١٩٥٤.

عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، ط١: ١٩٥٤.

عبد الكريم زيدان، مجموعة بحوث فقهية،(أثر القصود في التصرفات والعقود)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٩٨٢م.

عبد المجيد الجزائري، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين للعلامة ابن قيّم الجوزية، دار ابن عفان السعودية، ط١: ١٤٢١ه

عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، ط١: ١٩٩٣م.

عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام، دارالنهضة، القاهرة، ط١: ١٩٩٢.

عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، دار النهضة، بيروت، ط١: ١٩٧٤.

عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني الأردني مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، الأردن، ط١: ١٩٩٥و ط٢٠٠٥.

علاء الدين زعتري، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة منها، دار الكلم الطيب، دمشق، ط١، ٢٠٠٢م.

عماد علي جمعة، القواعد الفقهية الميسرة، دار النفائس، الأردن، ط١: ٢٠٠٦م.

محمد الزحيلي، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي، مجلس النشر العلمي، الكويت، ط٢: ٢٠٠٤.

محمد بكر اسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، ط١: ١٩٩٧م.

محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الاسلامية، دار النفائس، الأردن، ط١: ٢٠٠٦م.

محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط١: ١٩٩٦م.

محمد نجدات المحمد، الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، دار المكتبي.

محمد مصطفى الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، مكتبة العلوم والحكم، ط٢٠٠٩.

محمد محمود الطلافحة، تفسير ألفاظ المكلفين، مركز جوهرة القدس، عمان، ط١: ٢٠٠٩م.

محمد وحيد الدين سوار، الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دار الثقافة، عمان، ط١: ١٩٩٦م.

محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، مكتبة دار الثقافة، الأردن، ط٢: ١٩٩٨م.

وزارة الأوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط٢: ١٤٠٤.

وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط٤: بدون تاريخ.

ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر، عمان، ط١: ٢٠٠٢م،ج١، مجلد١، القسم الثالث.

يحيى موسى بني عبد الله، القواعد الفقهية في اجتماع الحلال والحرام، رسالة دكتوراه، اشراف محمد حسن أبو يحيى، الجامعة الأردنية ٢٠٠٤م.

يعقوب عبد الوهاب الباحسين، قاعدة الأمور بمقاصدها، مكتبة الرشد، الرياض، ط١: ١٩٩٩م.

رابعا: الرسائل الجامعية

أحمد الحاج خليل، القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية لعام ٢٠٠٥.

جمال شاكر، الاستثناء من القواعد الفقهية، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية لعام ٢٠٠٨.

حمد عزام، التحول في العقد دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراة، الجامعة الأردنية، لعام٢٠٠٠م.

عطية عدلان رمضان، موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الاسلامية، رسالة ماجستير، جامعة عين شمس،-منشورة- دار الايمان للنشر، الإسكندرية، ط١: ٢٠٠٧م.

علاء الدين محمد مقابلة، تفسير العقد في القانون المدني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، دراسة مقارنة بالفقه، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، لعام ٢٠٠٤.

علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، رسالة جامعية بجامعة أم القرى لعام١٩٥٨، دار القلم، دمشق، ط٣: ١٩٩٣م.

عمر بافولولو، القواعد الفقهية في كتاب الغياثى لامام الحرمين، رسالة ماجستير، في الفقه واصوله، الجامعة الاردنية، ٢٠٠٦م.

محمد يونس فالح الزعبي، القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي، رسالة دكتوراة، الجامعة الأردنية، لعام ٢٠٠٥م.

مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ط٧: ١٩٦١م.

مصطفى محمد الجمال، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط١٩٩٩.

خامسا: الأبحاث والمقالات

أحمد القرالة، القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي شكلا ومضمونا،-بحث -، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد ٣٦، عدد١، لعام ٢٠٠٩م.

أحمد القرالة، قاعدة" دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه" دراسة تحليلية تطبيقية، -بحث- ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد٣١، العدد١، ط٢٠٠٤م.

أحمد القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، -بحث -مجلة الشريعة والقانون، عدد٣٩، لعام٢٠٠٩.

بشار ملكاوي، نظرية العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، -بحث -، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد٣٣، العدد٢، ٢٠٠٦م.

سادسا: الدوريات

مجلة نقابة المحامين،إعداد نقابة المحامين في المملكة الأردنية الهاشمية، المطبعة الوطنية، بأعداد مختلفة.

سابعا: الشبكة العنكبوتية (الإنترنت)

ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، الموقع التالي:http://ar.wikipedia.org

موسوعة فقه المعاملات، www.moamlat.al-islam.com

موقع عدالة، www.adaleh.com.

Abstract

"The fundamental principle in contract is the intention and meanings, and not the words and phrases"

(Applied comparative analytical study in Jordanian civil law)

This base "The fundamental principle in contract is the intention and meanings, and not the words and phrases" is considered as one of the most important juristic bases, which has a role in all treatments. This importance is clear in the appearance of this base in juristic and law books, in bank transactions, and in distinctin court decisions .

The aim of this research is to study this base from applied and analytical point of view compared with the Jordanian civil law. This study includes a clarification and the purposes of this rule in juristic and law, In addition, the implementation of it in individual behaviors and contracts.

Moreover, this study explains in details the disagreement between the hidden and the clear desire for both juristic and law then addresses to show the methods connected to the hidden desire.

Finally, this study mentions some applicable examples on the base from both law and juristic resurces, including old ones to serve juristic and modern which are consistent with peoples modern deals development of peoples' transactions.